أصول القانون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج الصده

أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

والمحامى أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

١٩٦٥

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

عباس ومحمد محمود الحلبى وشركاهم - خلفاء

أصول القانون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج الصده
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة
والمحامى أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

١٩٦٥

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر

تقديم

هذه دراسة رأيت أن أعرض فيها للأصول العامة التى تكون الاطار الشامل للعلوم القانونية . فهى دراسة تلقى الضوء وتوطئ السبيل وتساعد المبتدئ على أن يلم بصفة عامة بالمبادئ الأساسية التى يرتكز عليها القانون فى جملته .

وإذ كان هذا هو الغرض المقصود من الدراسة، فسوف لا تكون هناك تفصيلات فرعية إلا بالقدر الضرورى لتوضيح الفكرة وتحديد معالمها . وذلك حرصا على إبراز الأصول الكلية ، حتى لا تطغى عليها الجزئيات ، فتأخذ مكانها الصحيح فى ذهن الدارس المبتدئ . فكثيرا ما يكون الإغراق فى التفصيلات مؤديا إلى حجب الأصول العامة وطمس معالمها أمام شخص لا يزال فى مستهل دراسته القانونية .

وعلى الرغم من تحديد الغرض المقصود من الدراسة على هذا النحو ، فإن ما يمكن أن يقال تحقيقا لهذا الغرض كثير . ولهذا سيراعى أن يكون ما يقدم من معلومات فى هذا الشأن فى حدود القدر المعقول دون إسراف أو تقتير .

والله يهدينا من أمرنا رشدا ؟

عبد المنعم فرج الصده

تمهيد

١ – القانون ضرورة إجتماعية :

الإنسان كائن اجتماعى ، فهو بدافع غريزته وبداعى طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفردا. فغريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته ، ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته ، فلابد له من أن يفيد من مجهودات غيره فى هذا السبيل . وطبيعته تدعوه إلى أن يختلط بغيره،فيشاركه فى المعيشة،ويساهم معه فى النشاط ، ويتبادل معه النفع . فقد خلق الله الناس من ذكر وأنثى ، وجعلهم شعوبا وقبائل ليتعارفوا ويتعاونوا .

فوجود المجتمع إذا أمر حتمى ، ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا فى جماعة . وفى هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة أنواعها،فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك . والفرد فى سعيه لإشباع حاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحه مع مصالح غيره من الأفراد.ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقا لهواه لغلب مصلحته على مصلحة غيره ، فتصبح الغلبة للقوى ، وحينئذ تعم الفوضى ويسود الاضطراب ، الأمر الذى يهدد كيان المجتمع ويؤدى به إلى الاضمحلال والفناء .

لهذا كان لابد للمجتمع من نظام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات على نحو يتم فيه التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث يمكن تحقيقها جميعا . وقد فطن الإنسان من قديم،بحكم حاجته إلى البقاء والعيش فى المجتمع ، إلى أن الوسيلة لكفالة هذا النظام هى أن ينزل كل فرد عن قدر من حريته حتى يمكن للجميع أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة . ومقتضى هذا أن تكون هناك قواعد موضوعة مقدما يستهدى بها الأفراد فى سلوكهم ومعاملاتهم ، وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد . بحيث يكون من شأن هذه القواعد

أن تقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة، فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل، ومن هذه القواعد يتكون القانون.

٢ — القانون والحق والواجب :

يتضح مما ذكرناه الآن أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها.

وهذا هو ما يستفاد من القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام يتحتم الخضوع لها.

فإذا تناولنا مضمون هذه القاعدة من الناحية العملية وجدناها تخول الفرد حقا أو تفرض عليه واجبا.

فالقاعدة التي تقضى بأن « لمالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (م ٨٠٢ مدنى) تخول المالك الحق فى أن يستأثر دون غيره بمزايا ملكه، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق. والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعا ماعدا صاحب الحق، فهو واجب سلبي لا يستوجب القيام بأى عمل للمالك.

والقاعدة التى تقضى بأن « العقد شريعة المتعاقدين » (م ١٤٧ / ١ مدنى) تخول الدائن الحق فى أن يطالب المدين بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين، وتوجب على المدين أن يستجيب لهذا الطلب. والواجب فى هذه الحالة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس. وهو قد يكون إيجابيا أى عملا كالالتزام ببناء منزل، وقد يكون سلبيا أى امتناعا عن عمل كالالتزام بعدم فتح محل تجارى فى منطقة معينة.

ويلاحظ أن الواجب العام يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق أيا كان نوعها. فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ماعدا صاحب الحق، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير، بحيث يمتنع بمقتضاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلا يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه. وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين، وذلك بالإضافة إلى الواجب العام. فلو أن صاحب

مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدى العمل الذى يقضى به الاتفاق ، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره . ويضاف إلى هذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس ، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أى فعل يؤدى إلى الإخلال بالعلاقة التى تربط بين العامل وصاحب المصنع . فلو أن أحدا من هؤلاء ، كصاحب مصنع آخر ، حرض العامل على الإخلال بواجبه ، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض .

ويتضح من هذا أن كل حق يقابله واجب ، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة. ولذلك جرى استعمال اصطلاح « الحق » للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها ، أى عن الحق والواجب متقابلين .

كما يتضح أن القانون فى تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع إنما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم . فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها عن شيء واحد . حيث أن القاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة اجتماعية تفرض نظاما معينا ، وهى ذاتها التى تخول الحق فتضع بين يدى الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين فى علاقاته بغيره ، أو تفرض عليه واجبا فى هذا السبيل .

ومن هذا نجد أن القانون والحق يكمل كل منهما الآخر . فالقانون من ناحية هو الذى يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها ، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنتظم بها علاقاتهم .

٣ — خطة الدراسة :

يبين مما قدمناه أن دراسة قواعد قانونية معينة تعنى دراسة الحقوق والواجبات التى تقررها هذه القواعد .

ولكنا فى دراستنا للأصول الأولية فى علم القانون نتناول الموضوع من زاويتين

مختلفتين . الأولى تعالج منها القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام مفروض .
والثانية تعرف منها ما تخوله هذه القاعدة من حق .

ولهذا نقسم دراستنا فى هذا الصدد إلى قسمين :

القسم الأول فى نظرية القاعدة القانونية .

والقسم الثانى فى نظرية الحق :

القسم الأول

نظرية القاعدة القانونية

٤ – تقسيم :

تقتضى دراستنا لنظرية القاعدة القانونية أن نبدأ بالتعريف بها من حيث مدلولها وتحليلها وتحديد نطاقها وبيان أنواعها، ثم نتبين بعد ذلك المصادر التى تستقى منها، وأخيرا نتعرف الحدود التى تنطبق فيها :

ولهذا نقسم كلامنا فى تلك النظرية إلى أبواب أربعة :

الباب الأول : التعريف بالقاعدة القانونية .

الباب الثانى : أنواع القواعد القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية .

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

٥ — بيانه :

نتناول فى فصل أول من هذا الباب تعريف القانون وتحليله ، حيث نتعرف معناه ، وفى ضوء هذا المعنى نتبين وظيفته ، ثم نحدد الخصائص التى يتميز بها .

وفى فصل ثان نحدد نطاق القانون ، حيث نبرز موقفه من القواعد الاجتماعية الأخرى ، كما نشير إلى صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، ونتبين فى النهاية المدى الذى يذهب إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأفراد بحسب النزعة التى تسود المجتمع .

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

٦ — المعنى الاصطلاحى للقانون :

يطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة ، بحيث تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التى تحكم الظواهر الطبيعية ، فيقال مثلا قانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذى يخضع له الماء .

وفى الاصطلاح القانونى يفيد القانون معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص .

فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع . وهو معنى يتصل بالمعنى اللغوى . إذ أن القانون بهذا المعنى

الاصطلاحى يحدد النظام الذى يجب أن تجرى علاقات الأفراد وسلوكهم على مقتضاه ، وهو المعنى الذى يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق .

أما القانون بالمعنى الخاص loi فيراد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين . فيقال بهذا المعنى قانون الشهر العقارى ، وقانون الإصلاح الزراعى ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون المحاماة . حيث يراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل .

والقانون بالمعنى العام هو الذى يعنينا فى هذه الدراسة : وهو يتخصص بالمكان والزمان ، حيث يختلف من بلد إلى آخر ، ومن زمان إلى زمان : ولذلك جرى التعبير عن القانون المطبق فعلا فى بلد معين بالقانون الوضعى لهذا البلد Droit positif . فيقال مثلا « القانون الوضعى المصرى » للدلالة على القانون المطبق فى مصر فى الوقت الحاضر .

٧ — وظيفة القانون :

تتحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التى يرمى إلى تحقيقها والوسيلة التى تتخذ لبلوغ هذه الأغراض .

والأغراض التى يرمى إليها القانون ترتد إلى غرضين أساسيين : أولها صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم . والثانى حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه .

ووسيلة القانون إلى تحقيق هذين الغرضين هى التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم المتعارضة على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم . ولا يقدر لتلك الوسيلة أن تؤتى ثمرتها على هذا النحو إلا إذا قام التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة ، وكان رائد الشارع فيما يورده من قيود فى هذا الشأن هو المصلحة العليا للمجتمع . على أن يراعى فى ذلك كله ظروف المجتمع وعاداته وتقاليده ومعتقداته وما يرنو إليه من مثل عليا وما يحرص عليه من مبادئ وما يهفو إليه من آمال . فالقانون مرآة للبيئة من ناحية ، ووسيلة إلى تقدمها وارتقائها من ناحية أخرى . فإذا لم يستجب القانون لظروف المجتمع وحاجاته ولد ميتا ، فلا يصادف

نجاحا فى التطبيق . وإذا انحرف القانون عن مبادىء الجماعة وتعارض مع آمالها قاومته وثارت عليه .

ويلاحظ أن القانون فى تنظيمه للروابط الإجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هى إقامة النظام واستقراره فى المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يتغاضى عن الناحية الخلقية المجردة التى ينظر فيها إلى مصلحة الفرد الخاصة لا إلى المصلحة العامة للمجموع : مثل ذلك أن من يحوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة يكون له أن يكسب ملكية هذا العقار ولو كان غاصبا (م ٩٦٨ مدنى) . إذ قدر الشارع أن قيام النظام فى المجتمع وكفالة الأمن فيه يقتضيان أن تستقر المراكز الواقعية التى ظلت أمدا طويلا ، حتى يوضع حد للمنازعات فى هذا الشأن ، وهو اعتبار جوهرى يتصل بالنظام العام فى المجتمع بحيث يرجح على المصلحة الخاصة للفرد .

٨ — خصائص القاعدة القانونية :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص فى المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها :

ومن هذا التعريف تخلص الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية : فهى قاعدة سلوك ، يخاطب بها الأشخاص فى المجتمع ، وتتوافر لها صفة التجريد والعموم ، وتكون ملزمة للمخاطبين بها . فهذه خصائص أربع نتناولها فيما يلى :

٩ — (١) القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

رأينا أن القانون لغة يعبر عن قاعدة مطردة تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على القواعد التى تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذى يخضع له الماء . والقاعدة بهذا المعنى لايتصور أن يكون لها مساس بنشاط الأفراد ، وبالتالى لايمكن أن يقع من جانبهم مايخالفها . إذ أنها تقرر أمرا واقعا لاسلطان لأحد عليه .

أما القاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الذي يعنينا في هذا المقام فلا تقرر أمراً واقعاً تكشف عنه ، بل تبين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاه . فهي لاتنبئ بما هو كائن، وإنما تفرض ماينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد ، وقد يقع من جانبهم مايخالفها . فالقاعدة التي تلزم المشتري بأن يدفع ثمن المبيع تفرض عليه السلوك الذي يجب أن يراعيه في علاقته بالبائع ، وقد يخل المشتري بهذا الالتزام فيمتنع عن دفع الثمن .

والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمرا بفعل أو نهيا عن فعل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة ، كما في القاعدة التي تقرر حرية من الحريات العامة ، أو تلك التي توجب القيام بالخدمة العسكرية ، أو تلك التي تقضي بأنه لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه دون ترخيص من الأصيل (م ١٠٨ مدني) . والغالب ألا يرد ذلك صراحة ، وإنما يستفاد من مضمون القاعدة . فالقاعدة التي تقضي ببطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة (م ٢/١٣١ مدني) يستفاد منها إباحة التعامل في الأشياء المستقبلة الأخرى . والقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (م ١/١٤٧ مدني) يستفاد منها أمر المتعاقد بالوفاء بما تعهد به . والقاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (م١٦٣ مدني) يؤخذ منها النهي عن الاضرار بالغير .

١٠ — (٢) القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع :

الإنسان ، كما رأينا ، كائن اجتماعي ، فهو لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع . وإذ كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك يأتمر بها الأفراد ، فهي من هذا لاتوجد إلا حيث يكون هناك مجتمع : ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى كما سنرى .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان كما قدمنا . فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى ، كما أن لكل عصر أفكاره

ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان حتما أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى ، فالقانون الذى يصلح للبيئة الانجليزية أو الأمريكية يختلف عن القانون الذى يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية أو المصرية.وكان حتما كذلك أن يختلف القانون فى البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة . ولذلك نرى الشارع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم أو يغير فيه كى يتلاءم مع الظروف الجديدة فى المجتمع .

وإذا كان المجتمع الذى يخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل فى تطوره إلى أن يتخذ شكل الدولة ، إلا أن هذا الشكل ليس ضروريا لوجود مثل هذا المجتمع . فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . وقد وجد القانون تاريخيا قبل أن توجد الدولة : فقد بدأ المجتمع قديما فى نطاق القبيلة ، ثم تطور إلى إقطاعية ، وأخيرا اتخذ شكل الدولة بما ينطوى عليه من توحيد سياسى منظم .

١١ — (٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص فى مجتمع . والتجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة . ومن هنا كانت القاعدة القانونية مجردة **abstraite** وعامة **générale** .

ويراد بالتجريد أن يوجه الخطاب فى القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم ، وأن تتناول القاعدة الوقائع بشروطها .فهى لاتوجه إلى شخص معين بذاته ، ولاتتناول واقعة بعينها . ويؤدى تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها . فتنطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسرى على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة . ويتضح من هذا أن التجريد والعموم وجهان لخاصة واحدة ، حيث تكون القاعدة مجردة عند نشوئها ، فتصبح بذلك عامة فى تطبيقها .

والواقع أن الشارع ، وهو ينظم سلوك الأشخاص على نحو نموذجى متماثل تتحقق به المساواة بينهم ، لابد من أن تكون وسيلته إلى هذا التنظيم أن يضع قواعد مجردة

وعامة تطبق على جميع الحالات المماثلة : وبذلك يطرد تطبيق القاعدة القانونية على كل حالة تنشأ فى أى وقت وتتوفر فيها الشروط اللازمة . وبدون هذا التجريد والعموم يصبح التكليف الصادر من السلطة العامة فى خصوص شخص معين بذاته أو واقعة محددة بعينها مجرد أمر فردى لا قاعدة عامة . ويختلف الأمر عن القاعدة فى أن تطبيقه يقتصر على الأشخاص المعينين فيه بذواتهم أو الوقائع المحددة فيه بعينها ، حتى إذا ماطبق فى هذه الحدود استنفذ أغراضه وقوته بهذا التطبيق ، فلا يمتد بعد ذلك إلى أشخاص آخرين ، ولا يتناول وقائع أخرى .

فقانون التجنيد الإجبارى يشتمل على قواعد قانونية ، لأنها مجردة وعامة ، حيث تتناول الأشخاص بصفاتهم ، فتنطبق على كل شخص تتوفر فيه صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والحالة البدنية . بينما لايعتبر القرار الصادر باقتراع شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية ، بل هو أمر فردى يوجه إلى شخص معين بالذات .

وقانون الموظفين يتضمن قواعد قانونية ، لأنها مجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، فتنطبق بصورة شاملة على كل شخص تقوم به هذه الصفات . بينما لايعتبر المرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة معينة قاعدة قانونية ، لأنه يوجه إلى شخص معين بالذات .

والقاعدة التى تقضى بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض قاعدة قانونية مجردة وعامة ، لأنها تتناول واقعة الخطأ بشروطها ، فتنطبق على كل فعل توفرت فيه شروط الخطأ أيا كان الشخص الذى ارتكبه . وعلى خلاف ذلك لايعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارة فى جرح شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم موجه إلى شخص معين بالذات ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص .

ولا يعنى كون القاعدة عامة أنها يجب أن تسرى فى حق الناس جميعا أو تنطبق على سائر الوقائع التى تصدر منهم . فقد تنصرف القاعدة إلى طائفة محدوده من الأشخاص أو الوقائع ، دون أن يقدح ذلك فيما لها من صفة العموم ، ما دام هؤلاء الأشخاص معينين بصفاتهم أو ما دامت هذه الوقائع معينة بشروطها. فقانون نظام القضاء يقتصر تطبيقه على القضاة، وقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون العمل يقتصر

تطبيقه على العمال ، وكل هذه قوانين تتضمن قواعد مجردة وعامة ، لأنها تخاطب الأشخاص الذين تنصرف إليهم بصفاتهم لا بذواتهم ، وقد يزداد عددهم أو ينقص تبعا لتوافر الصفات المقررة أو عدم توافرها. بل إن القاعدة قد توجه إلى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعـــدة مجردة وعامة . فالقواعد التى تحدد سلطات رئيس الدولة تكون مجردة وعامة لأنها لا توجه إلى رئيس معين بذاته ، بل توجه إلى كل شخص يشغل منصب رئاسة الدولة . ويبين من ذلك أن ليست العبرة فى هذا الشأن بعدد الأشخاص الذين يوجه إليهم الخطاب فى القاعدة القانونية ، إذ المعول عليه هو الصفة التى تثبت لهؤلاء وفقا لما تتطلبه القاعدة ، ويستوى فى ذلك أن تثبت هذه الصفة للناس جميعا أو لعدد محدود منهم أو حتى لشخص واحد دون غيره من الناس .

وإذا كان وضع القاعدة القانونية على نحو مجرد وعام هو وسيلة إلى الشارع إلى تنظيم سلوك الأشخاص على أساس المساواة فيما بينهم ، فإن رائد الشارع فى تحقيق هذه المساواة هو الاعتداد بالوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية . حيث تقوم تلك المساواة على أساس العدل La justice الذى يؤخذ فيه بهذا الوضع الغالب بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، لا على أساس العدالة L,équité التى ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة . إذ أن التجريد والعموم فى القاعدة لا يتيسر إلا على أساس توحيد الحكم فيها بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، فيراعى فى هذا الحكم الأخذ بالوضع الغالب الذى يشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون نظر إلى الظروف الخاصة التى ينفرد بها عدد قليل منهم .

فالقاعدة التى تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة راعى فيها الشارع متوسط سن النضج العقلى على أساس الوضع الغالب بين الناس. وقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها النضج العقلى والدراية بمباشرة التصرفات القانونية قبل بوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافى إلا بعد مضى مدة من بلوغ هذه السن . ولو أن الشارع ترك للقاضى أن يحدد سن الرشد لكل شخص على حدة فى ضوء خبرته وحظه من النضج العقلى لتحققت بذلك العدالة الحقة بما تمتاز به من مرونة ، حيث ينظر إلى ظروف كل شخص

على حدة . ولكن الأخذ بهذا الحل ينافى النظام والاستقرار فى الجماعة ، وهو غرض جوهرى يحرص عليه القانون ، بحيث يستأهل التضحية بالظروف الخاصة لعدد قليل من الأفراد. ولهذا يقف القانون عندالمعيار الوسط الذى يصدق عند أغلب الأشخاص، فيجعل سن الرشد بالنسبه إلى الجميع هى إحدى وعشرين سنة :

وعلى هذا النحو فإن التجريد والعموم فى القاعدة القانونية يؤديان إلى إقامة النظام فى المجتمع واستقراره : إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتماثلين والوقائع المتماثلة وفقا لحكمها ، وبطرد انطباقها فى كل مرة على النسق الذى طبقت به من قبل . ومن هنا كان الشبه قريبا بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ، إذ يكون النظام عنصرا مشتركا بين الفريقين . غير أنه يبقى بعد ذلك فارق جوهرى بينهما . فالقواعد القانونية تطاع عن إرادة ، ويستطيع الشخص عصيانها متحملا جزاء العصيان . بينما القوانين الطبيعية لا تطيعها الظواهر الطبيعية عن إرادة ، وهى لا تملك إلا طاعتها .

١٢ — (٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

يراد بكون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة obligatoire أن يكون لها جزاء Sanction مادى توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها .

ذلك أن القانون يهدف إلى إقامة النظام فى المجتمع وكفالة الأمن فيه . ولضمان تحقيق هذا الغرض يجب أن تقترن القاعدة القانونية بجزاء مادى رادع ، حيث تكون هناك سلطة عامة تقوم على احترام هذه القاعدة ، فتتولى توقيع الجزاء على المخالف بما لها من قوة القهر والإجبار. ومن ثم فإن وجود مثل هذا الجزاء أمر تقتضية وظيفة القاعدة القانونية، بحيث يعتبر عنصرا لازما لقيامها .

على أن هذا لا يعنى أن احترام القانون يرجع دائما إلى الخشية من توقيع الجزاء ، فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لابد منها لحماية النظام فى المجتمع والسير بالجماعة فى طريق التقدم . لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء كضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون . فالمهم أن

يعرف الأفراد سلفا أن مخالفة القاعدة القانونية تؤدى حتما إلى توقيع الجزاء عليهم ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون طاعتهم لها عن رغبة وشعور بلزومها .

وتتفق القواعد القانونية مع غيرها من القواعد الاجتماعية ، كالقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية ، فى أنها جميعها تقترن بجزاء . ولكن يبقى بعد ذلك فارق جوهرى بين الفريقين من القواعد فيما يتعلق بطبيعة الجزاء ؛ حيث يتميز الجزاء فى القاعدة القانونية بخصائص معينة : ١ — فهو جزاء مادى محسوس ، بمعنى أنه يتخذ مظهرا خارجيا يقوم على الإجبار الذى تباشره السلطة العامة بالقوة المادية. وبذلك يتميز عن الجزاء الاخلاقى الذى يقوم على تأنيب الضمير أو شعور الناس بالاستنكار . ٢ — وينبنى على ذلك أن يكون جزاء دنيويا ، بمعنى أن يوقع على الأفراد فى الحياة الدنيا . وبذلك يختلف عن الجزاء الدينى الذى يلقاه العاصى فى الآخرة . ٣ — كما أنه جزاء منظم ، إذ تتولى توقيعه سلطة عامة باسم الجماعة وفقا لنظام محدد . ولذلك يطلق عليه الإجبار العام أو الجماعى .

وقد خضع الجزاء من حيث تنظيمه لتطور محسوس . ففى الجماعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولا إلى الفرد الذى وقع عليه الاعتداء، يتولاه بنفسه، أو تتولاه عائلته أو قبيلته . أما فى الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة ، وأصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة ، تتولاه باسم الجماعة . وبذلك انتهى عهد القصاص الفردى ، فلم يعد يجوز لمن اعتدى عليه أو أصابه ضرر أن يتولى القصاص بنفسه أو يقتضى حقه بيده ، بل يتعين عليه أن يلجاء فى ذلك إلى السلطة العامة وفقا للاجراءات التى رسمها القانون .

على أنه ماتزال فى القانون الحديث بقية من القصاص الفردى . وذلك فى حالات إستثنائية تفرضها الضرورة أو تدعو إليها اعتبارات العدالة . كما هو الشأن فى حالة الدفاع الشرعى (م ١٦٦ مدنى) ، حيث يباح للشخص أن يدافع بالقوة لرد اعتداء يهدد سلامته أو ماله إذا لم يكن من الميسور الالتجاء إلى السلطة العامة فى الوقت المناسب. وكما هى الحال فى الحق فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ (م ٢٤٦ مدنى) ، إذ يجوز لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب

التزام المدين ومرتبط به . فللمودع لديه مثلا أن يحبس الوديعة حتى يقوم المودع بإيفائه ما أنفقه للمحافظة عليها . وللبائع أن يحبس المبيع حتى يقوم المشترى بوفاء ماهو مستحق عليه من الثمن .

وتختلف صور الجزاء باختلاف نوع القواعد القانونية . فمثلا يختلف الجزاء الجنائى فى نطاق القواعد الجنائية عن الجزاء المدنى فى نطاق القواعد المدنية والتجارية . حيث يكون الجزاء الجنائى عقوبة توقع على المجرم . وتتدرج العقوبات فى قوتها تبعا لجسامة الجريمة . فقد تقع على جسم المجرم كالإعدام . وقد تسلب حريته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس . وقد تقيد حريته كالوضع تحت مراقبة الشرطة . وقد تقع على ماله كالغرامة والمصادرة .

أما الجزاء المدنى فيكون بتنفيذ الالتزام جبرا على المدين ، أو بمحو أثر المخالفة التى وقعت بحيث تعود الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذا مباشرا ، أى عينيا ، أو يكون تنفيذا بمقابل ، أى بطريق التعويض . والأصل أن يكون التنفيذ عينيا يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين . فإذا امتنع البائع عن نقل ملكية العقار المبيع وتسليمه إلى المشترى ، جاز لهذا الأخير أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد ويسجل الحكم الصادر لصالحه فتنتقل الملكية إليه جبرا على البائع ، كما يكون له أن يتسلم العقار جبرا على البائع . وإذا تعذر التنفيذ العينى ، أو كان فيه إرهاق للمدين ، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض . فإذا تعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ، ثم امتنع عن الحضور حتى انقضى ميعاد الحفلة ، أجبر على أن يعوض صاحب المسرح عن الضرر الذى لحقه من جراء ذلك . وهناك صور عديدة غير ذلك لمحو أثر المخالفة التى تقع من الشخص . من ذلك مثلا أن يعتبر العقد باطلا إذا ورد على شيء لايجيز القانون التعامل فيه ، كبيع مخدر . أو يعتبر العقد قابلا للإبطال إذا أبرم مع قاصر لايجوز له إبرامه . أو يكون العقد قابلا للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين فى الوفاء بالتزامه . أو تسد المطلات التى تفتح على أقل من المسافة التى يوجب القانون مراعاتها بين المطل وملك الجار .

وقد يجتمع الجزاء الجنائى مع الجزاء المدنى بالنسبة إلى ذات المخالفه . فمن يرتكب

جريمة تؤدى إلى الاضرار بالغير توقع عليه العقوبه الجنائية ، ويلتزم فى ذات الوقت بأن يدفع إلى المجنى عليه تعويضا ماليا عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة .

الفصل الثانى

نطاق القانون

١٣ - تحديد هذا النطاق :

يتحدد النطاق الذى تؤدى فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين : الأولى صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التى تنظم سلوك الافراد . والثانية المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأفراد وتوجيهه لسلوكهم بحسب النزعة السائدة فى المجتمع .

الفرع الأول

القانون والقواعد الاجتماعيه الأخرى

١٤ — القواعد الاجتماعية :

رأينا أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، بمعنى أنها خطاب موجه إلى الاشخاص فى مجتمع بغية تنظيم سلوكهم . غير أن القواعد القانونية ليست وحدها التى تحكم سلوك الأشخاص فى المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها فى هذا الشأن . فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، وقواعد الاخلاق ، وقواعد الدين ، وهذه كلها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع . ولهذا يجب التمييز بين هذه القواعد وبين القواعد القانونيه .

١٥ — القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد فى كل مجتمع قواعد سلوك يتواضع الناس على اتباعها فى صلاتهم اليومية ، أوفى مظهرهم وملبسهم. فهناك قواعد تقضى بها المجاملات ، كالتحية عند اللقاء ، والتهنئة فى المناسبات السعيدة ، والعزاء فى الموت ، والمواساة فى الكوارث . وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجرى بها تقاليدهم فى شأن المظهر والملبس . وهى تتفاوت بحسب الظروف والمناسبات ، كما تختلف بالنسبة إلى الرجال عنها بالنسبة إلى النساء .

وتتفق هذه القواعد مع القواعد القانونية فى أنها تحكم سلوك الافراد فى المجتمع ، بحيث يشعرون بأنها ملزمه لهم . ولكن الفريقين يختلفان فيما يتعلق بماهية الجزاء . حيث يقتصر الجزاء فى قواعد المجاملات والعادات والتقاليد على مجرد استنكار الناس . بينما الجزاء فى القواعد القانونية جزاء مادى تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية. ويرجع هذا الاختلاف فى الجزاء إلى تفاوت المصالح التى يرمى كل من الفريقين إلى تحقيقها من حيث أهميتها لكفالة النظام والاستقرار فى المجتمع فالمصالح . التى يراد تحقيقها من وراء قواعد المجاملات والعادات والتقاليد لاترقى إلى المستوى الذى يجعلها هامة وضرورية لإقامة النظام فى المجتمع أو للمحافظة على كيانه ، ولذلك يكتفى أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد الاستنكار . أما المصالح التى تكفلها القواعد القانونية فإنها من الأهمية بحيث تستأهل أن يفرض احترامها بجزاء مادى تتولى توقيعه السلطة العامة . وقد تتغير نظرة المجتمع إلى بعض قواعد الفريق الأول فتتحول إلى قواعد قانونية ، كما لو تدخل القانون ليفرض زيا معينا على الناس .

١٦ — القانون وقواعد الأخلاق :

الاخلاق فى أمة معينة مجموعة قواعد تساهم فى تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر ، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد فى المجتمع . فهى من هذا وليدة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة فى النفوس . ويجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقا لوازع أدبى يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية . فمنها القواعد

التى تحض على التعاون على البر ، كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى . ومنها القواعد التى تنهى عن التعاون على الإثم والعدوان ، كالنهى عن الفحشاء والمنكر والبغى . ومنها القواعد التى تأمر بالوفاء بالعهد والصدق فى القول . ومنها القواعد التى توصى بأن يحب الإنسان لغيره ما يحب لنفسه . ومنها القواعد التى تدعو إلى التضحية والإيثار على النفس . إلى غير ذلك من القواعد التى تنزع بالإنسان نحو السمو الخلقى والكمال .

وتقتضى الإحاطة بموقف القانون من قواعد الأخلاق أن نعرض لنطاق كل منهما بالنسبة إلى الآخر ، ثم تتبين معيار التفرقة بينهما ، وننتهى ببيان الصلة التى تربط بينهما .

١٧ — (١) نطاق القانون والأخلاق :

هناك أمور نسوقها كى تساعد على تحديد هذا النطاق :

فمعظم القواعد القانونية هى فى الوقت ذاته قواعد خلقية ، كتلك التى تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتى تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضى بالوفاء بالعهد ، والتى تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع .

ويقابل ذلك أن من القواعد الخلقية مالم يتناوله القانون فى صورته المطلقة ، كتلك التى تحث على الفضائل فتوصى بالصدق أو البذل فى سبيل مساعدة الغير أو الترفع على النفاق . على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد فى صورة خاصة . فمثلا إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يحرمه فى حالات خاصة تبدو فيها خطورته على النظام الاجتماعى ، كما هى الحال فى شهادة الزور والتزوير ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة .

وهناك من القواعد القانونية ما يقال عنه إنه لا علاقة له بالأخلاق . مثل ذلك القواعد المتعلقة بنظام المرور ، والتى تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، والتى تنظم إجراءات التقاضى : فالأخلاق وفقا لهذا النظر لا يعنيها أن يكون نظام المرور على نحو معين ، ولا يعنيها أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالبينة ، ولا يعنيها

أن تـكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها . غير أن البصر بحقيقة هذه القواعد والغرض المقصود منها يبين لنا أن هذا النظر غير سليم، إذ أنها تمت إلى الأخلاق بسبب . فقواعد المرور يراد منها وضع نظام للمرور يحول دون وقوع الحوادث ، وقواعد الإثبات يقصد منها إلى أن يكون التعامل على أساس واضح مكين ، وإجراءات التقاضى ترمى إلى أن يكون الفصل فى النزاع على نحو تتكافأ فيه الفرص أمام الخصوم فى المطالبة بالحق والدفاع عنه ، وهذه كلها أغراض تدعو إليها الأخلاق .

وثمة قواعد قانونية قد تبدو فى ظاهرها منافية للأخلاق ، حتى جرت أقلام الفقهاء فى خصوصها بهذا المعنى. منها القواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم ، فمثلا يستطيع من يحوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة أن يـكسب ملـكيته حتى لو كان غاصبا ، ويستطيع المدين الذى قعد دائنه عن اقتضاء دينه منه مدة معينة أن يتمسك بسقوط الدين بالتقادم. ومنها القواعد التى تحمى المجرم من القصاص إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة . ومنها القواعد التى توجب الـكتابة فى إثبات التصرفات القانونية ، فتؤدى إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابى . غير أن الوقوف على الأهداف التى يرمى إليها الشارع من وراء هذه القواعد ومثيلاتها يتضح منه أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق. فهى تهدف بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يطمأن إليه ، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام فى المجتمع . وهذه أغراض تنهض بها الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للجماعة ، حتى لو كان فى تحقيقها تضحية بمصلحة فردية .

ويتضح من هذا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون. فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقى ، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق من الناحية العامة التى يعتد فيها بمصلحة المجموع. ولـكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية. وإذا كان هناك من القواعد القانونية مايبدو فى الظاهر أن لا شأن له بالأخلاق أو مناف لها فإنه فى حقيقته يرتكز على الأخلاق من الناحية العامة التى ينظر فيها إلى المجموع لا من الناحية الخاصة التى ينظر فيها إلى الفرد فى ذاته على أساس خلقى مجرد .

١٨ - (٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق :

إن اشتراك القانون والأخلاق فى عدد كبير من القواعد على النحو الذى قدمناه لايعنى أن ليس هناك فارق بينهما حتى فى هذا النطاق المشترك . فهما أمران متميزان ، لكل منهما نطاقه وغايته ووسائله لتحقيق هـذه الغاية . ومن ثم وجبت معرفة المعيار الذى يقوم على أساسه التميز بينهما .

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى إقامة هذا المعيار على أساس أن الأخلاق تحكم أعمال الناس الظاهرة والباطنة ، حتى لو كانت هذه الأخيرة مازالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تتخذ مظهرا خارجيا. بينما يقتصر القانون على الأعمال الظاهرة، فلايحفل بالنوايا فى حالات معينة إلا إذا دلت عليها شواهد وأمارات ظاهرة . والواقع أن هذه التفرقة ليس من شأنها أن تقيم معيارا للتمييز بين القانون والأخلاق ، إذ هى ترجع إلى اختلاف الغاية التى يتوخاها كل منهما . فالقانون يهدف إلى إقامة النظام فى المجتمع ، ولذلك فالأصل فيه ألا يعنى إلا بالسلوك الظاهر للأفراد ، ولاشأن له بما يختلج فى النفس. وهو مع ذلك يعنى بالنوايا والدوافع التى تكمن وراء الأفعال فى حالات معينة ، كما هى الحال فى دوافع التعسف فى استعمال الحق وفى حسن النية وسوئها فى الحيازة وفى القصد من الجريمة . وإذا كان لا يعول على النوايا والدوافع التى تبقى كامنة فى النفس ولا تدل عليها أمارة ظاهرة ، فما ذلك إلا لأن النظام الإجتماعى الذى يهدف إلى إقامته لايضار من هذه النوايا والدوافع مادام لم يظهر لها أثر خارجى .

وذهب فريق آخر إلى أن هذا المعيار يكمن فى الجزاء . ففى نطاق القانون يكون الجزاء ماديا تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . بينما يقتصر الجزاء فى نطاق الأخلاق على مجرد تأنيب الضمير واستنكار الناس. والواقع أن الجزاء فى القانون يختلف عنه فى الأخلاق ، ولكنه لا يكفى وحده معيارا للتفرقة بينهما ، بل يتعين البحث عن السبب الذى أدى إلى هذا الاختلاف فى الجزاء ، حتى تضاف الأمور إلى أسبابها . فكما أن اختلاف الغاية التى يتوخاها كل من القانون والأخلاق هو الذى أدى إلى اختلاف

الأفعال التى يحكمها كل منهما وفق ماذكرنا فى مناقشة الرأى السابق، فإنه كذلك هو الذى أدى إلى اختلاف الجزاء فى كل منهما .

ويتضح من هذا أن الرأى السليم هو الذى يقيم معيار التفرقة بين القانون والأخلاق على أساس الغاية التى يهدف إليها كل منهما . فالقانون يتوخى غاية نفعية ، هى إقامة النظام فى المجتمع والمحافظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه . بينما تتوخى الأخلاق غاية مثالية ، هى السمو بالإنسان والنزوع به نحو الكمال .

ويترتب على هذا الاختلاف فى الغاية بين القانون والأخلاق مارأيناه من اختلاف فى نوع الأفعال التى يحكمها كل منهما ، واختلاف فى الجزاء الذى يتقرر فى كل منهما .

كما يترتب على هذا الاختلاف أن يقتصر القانون على تنظيم سلوك الفرد باعتباره عضوا فى المجتمع . أما الأخلاق فتنظم سلوك الفرد سواء باعتباره عضوا فى المجتمع أو بالنظر إليه فى ذاته . وليس صحيحا على إطلاقه ما يقال من أن الأخلاق إنما تنظم سلوك الفرد بالنظر إليه فى ذاته فحسب ، فهذه نظرة تنطوى على إسراف غير مستساغ ، حيث تعنى الأخلاق بسلوك الفرد فى المجتمع قدر عنايتها بسلوكه فى ذاته ، بل إنها تنهض بتضحية مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة المجموع كما قدمنا .

١٩ — (٣) الصلة بين القانون والأخلاق :

لامراء فى أن بين القانون والأخلاق تمييزا واضحا. فلكل منهما طابعه واستقلاله، ولكل منهما نشاطه الذى يحكمه والجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعده . ويرجع هذا كله إلى ما بينهما من فارق جوهرى فيما يتعلق بالغاية التى يتوخاها كل منهما كما رأينا فيما تقدم .

غير أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدح فيما يربط بينهما من صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التى تجمع بينهما . فالأخلاق هى المعين الذى يستقى منه القانون الكتلة الأساسية من القواعد التى يقررها . وقد رأينا أن أغلبية القواعد القانونية تستند إلى أساس خلقى ، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من

الناحية العامة التى ينظر فيها إلى مصلحة المجموع لا من الناحية الخاصة التى ينظر فيها إلى الفرد فى ذاته ما دام أن الغرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة .

فالقواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادى الذى يكفل طاعتها واحترامها ؛ أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعى الشخص وضميره . وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق ، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية . وآية ذلك أن كثيرا من القواعد التى كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية ، كعدم التعسف فى استعمال الحق ، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الظروف الطارئة ، وتحمل التبعة فى إصابات العمل بتعويض العامل عما يلحقه من أصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب العمل ، والتأمينات الاجتماعية فى حالات العجز والشيخوخة والمرض .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التى لم ينص عليها القانون قدر الشارع أن من بينها مبادىء وأصولا عامة لا مناص من كفالة احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقى . وهذه المبادىء والأصول هى التى يقال لها الآداب les bonnes moeurs . فكل اتفاق على ما ينافى الآداب يكون باطلا . حيث نصت المادة ١٣٥ من التقنين المدنى على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . كما نصت المادة ١٣٦ من هذا التقنين على أنه « إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . فمثلا يكون باطلا لمخالفته للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال فى مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استبقاء هذه العلاقة ، وكذلك الاتفاق على دفع مبلغ فى مقامرة أو رهان .

٢٠ — القانون وقواعد الدين :

الدين هو مجموعة القواعد التى يعتقد الناس أنها منزلة من الله سبحانه وتعالى عن طريق رسله .

ويختلف الدين عن القانون والأخلاق من حيث النطاق . فالقانون يتناول

واجبات الشخص نحو غيره . والأخلاق تتناول واجبات الشخص نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره . أما الدين فيتناول واجب الشخص نحو الله ، وواجباته نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره .

كما يختلف الدين عن القانون وعن الأخلاق من حيث الجزاء . فالجزاء فى القانون جزاء دنيوى مادى توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . والجزاء فى الأخلاق هو وخز الضمير واستنكار الناس . أما الجزاء فى الدين فجزاء أخروى هو العذاب فى الآخرة .

على أنه يلاحظ أن القواعد الأساسية فى الأخلاق يأمر بها الدين . ولذلك يعتبر الدين من أهم العوامل التى تساهم فى إرساء قواعد الأخلاق وقيامها فى ضمير الجماعة . ومن ثم فالغالب فى القاعدة الخليقة أن تكون فى الوقت ذاته قاعدة دينية .

كما يلاحظ أن من القواعد الدينية فى غير نطاق الأخلاق ما ينص عليه القانون فيصبح قواعد قانونية ، كما هى الحال فى مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال ، فهذه كلها منظمة بنصوص تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية . وفى غير ذلك من مسائل الأموال الشخصية ترك الشارع الأمر للقواعد الدينية فى الحدود التى سنراها فيما بعد ، فصارت هذه القواعد قواعد قانونية. وسنرى فيما يلى إلى أى حد تنفذ القواعد الدينية إلى نطاق القانون .

٢١ — القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى :

ما دام أن القانون ينظم سلوك الأفراد بغية إقامة نظام يكفل المحافظة على كيان المجتمع وتقدمه ، فإنه يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية : وإذ كانت هذه العلوم تدرس الإنسان وتتناول نشاطه باعتباره عضوا فى المجتمع ، فإن القانون يتصل بها اتصالا وثيقا .

حيث يتصل القانون بعلم الاجتماع ، فيعتمد عليه فى تعرف الظواهر الاجتماعية ، وبذلك يتيسر له أن ينظمها عن علم بأسبابها وحقيقة كنهها . ويتصل بعلم الاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم المعاملات المالية ، فيتأثر به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هى مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب الاقتصاد الموجه . ويتصل بعلم السياسة حين يضع

النظام السياسى للمجتمع ، فيحدد نظام الحكم ويبين السلطات العامة وينظم صلتها بعضها ببعض وصلتها بالأفراد . وهذا فضـــلا عن مبلغ اتصاله بعلم الأخلاق كما رأينا فيما تقدم .

ويتبين من هذا أن القانون فى صلته بالعلوم الاجتماعية إنما يعتمد عليها فى استخلاص ما ينشده من حقائق تـكون أساسا للقواعد القانونية التى يجرى العمل على مقتضاها .

الفرع الثانى

مدى تدخل القانون فى نشاط الأشخاص

٢٢ — مذهباده :

هناك مذهبان يتراوح بينهما المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم : أحدهما المذهب الفردى ، وهو يرمى إلى تضييق نطاق القانون ، بحيث لا يتدخل فى نشاط الأشخاص إلا بالقدر الضرورى . والثانى المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، وهو يتجه إلى توسيع نطاق القانون ، فينادى بتدخله فى نشاط الأشخاص إلى مدى بعيد .

وسنخص كلا من هذين المذهبين بكلمة موجزة ، ثم نتبين الموقف الذى اتخذه القانون المصرى فى هذا السبيل .

٢٣ — المذهب الفردى :

يقوم المذهب الفردى La doctrine individualiste على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع . فالقانون لم يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها . ذلك أن الفرد ، فى نظر هذا المذهب ، يولد وله حقوق طبيعية ، تفرضها الطبيعة ولا يمنحها القانون ، فهى سابقة فى وجودها على القانون : وجماع هذه الحقوق هى الحرية فى مظاهرها المختلفة . غير أن إطلاق استعمال هذه الحقوق ، وهى ثابتة لجميع الأفراد

بالتساوى ، قد يؤدى إلى التعارض بينها . ولهذا كان لابد من تقييد هذه الحقوق بالقدر الذى يسمح للجميع بالتمتع بها على قدم المساواة . ومن هنا كان القانون ضرورة اجتماعية ، كى يوفق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معا . فهو يقيد هذه الحقوق على سبيل التبادل ، دون أن يجاوز فى هذا التقييد القدر الضرورى لضمان حرية الجميع وحقوقهم . وفى هذه الحدود تكون مهمة القانون ، فليس له فيما وراء ذلك أن يتدخل فى شئون الأفراد .

ويتضح من هذا أن دون القانون فى نظر المذهب الفردى دور سلبى ينحصر فى حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ فى أضيق الحدود ، حتى يطلق للنشاط الفردى أوسع مدى :

ويترتب على هذا المذهب أن يكون لإرادة الأفراد الشأن الأول والرئيسى فى تنظيم شئونهم وعلاقاتهم، وذلك أخذا بمبدأ سلطان الإرادة Le principe de l'autonomie de la volonté . وقد ساد هذا المبدأ فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفردية . وهى تنادى بوجود قانون طبيعى يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك هذه الإرادة توجه ما فى المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد حمل لواء هذه الدعوة فى الميدان الاقتصادى الفيزيوقراط ، إذ كانوا ينادون بالحرية الاقتصادية . ونهض بها فى الميدان السياسى والفلسفى روسو فى كتابه المسمى بالعقد الاجتماعى . فكان جماع الأفكار التى سادت فى هذا العصر أن يترك القانون الارادة تزاول نشاطها ، وليس عليه بعد ذلك أن يتدخل لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذى يحقق مصلحة الفرد ، وبالتالى مصلحة المجموع ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، ومقتضى هذه الحرية أن تكون الارادة حرة مستقلة .

ولا شك فى أن لهذا المذهب الفضل فى الدعوة إلى محاربة استبداد الدولة وطغيانها وفى بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى . وقد كان ظهوره

أمرا طبيعيا ولازما فى العصر الذى نودى به فيه، حيث اشتد تحكم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردى .

غير أنه يؤخذ عليه أنه بالغ فى الاعتداد بالفرد إلى حد الإسراف، وتنكب الطريق الحق عندما نادى باطلاق الحرية الفردية . فهو يجعل الفرد الهدف من وجود القانون، ويفترض أن له حقوقا تعلو على القانون . وهذا اساس خاطئ ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه . وإذا كان هذا التنظيم يقتضى صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوى عليه من رعاية لمصالح الأفراد . وليس للفرد من حقوق إلا مايخوله إياه قانون المجتمع . كما أن إطلاق الحرية الفردية ينطوى على تجاهل لحقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص فى قوتهم الاقتصادية ، ومن ثم يؤدى إلى نتائج عملية غير مقبولة . فإطلاق الحرية للأشخاص فى تنظيم علاقاتهم كما يشاءون أدى إلى أن أصبحت هذه الحرية أداة فى يد الأقوياء للتحكم فى الضعفاء واستغلالهم . وآية ذلك ما رأيناه فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من ظهور قوى اقتصادية هائلة تتمثل فى أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة أن تفرض شروطها الجائرة على العمال الذين لا بد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة ومطالب العيش ، كما تمكنت من أن تتحكم فى أسعار السلع والمرافق الضرورية التى لاغنى للجمهور عنها .

وعلى هذا النحو ظهرت مساوئ المذهب الفردى ، وبدا واضحا أن الأخذ به على إطلاقه يؤدى إلى الإضرار بمصالح الأفراد ومصلحة الجماعة على حد سواء . فهو يغفل أن الجماعة كوحدة متضامنة لها كيانها المستقل عن كيان الأفراد ، وأن صالحها العام يعلو على مصالحهم الخاصة ، وأن القانون يجب ألا يكون دوره سلبيا محضا فيترك النشاط الفردى دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ دورا إيجابيا فيتدخل لتوجيه هذا النشاط، بحيث يحمى الضعيف من القوى، ويتيح الفرص المتكافئة أمام الجميع. وهذا هو الأساس الذى قام عليه المذهب الاشتراكى .

٢٤ – المذهب الاشتراكى :

يقوم المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى La doctrine socialiste على أساس أن المجتمع هو الهدف من وجود القانون . فهو ينظر إلى الشخص باعتباره كائنا اجتماعيا يرتبط بغيره من الناس ويتضامن معهم فى سبيل تحقيق الصالح العام للجماعة : ومن ثم تكون وظيفة القانون فى نظره هى المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته . فالمجتمع ليس مجموعة من شخصيات محتفظة بذاتيتها ، كما يريد المذهب الفردى ، بل هو وحدة متضافرة تتجه جهود أفراد نحو غاية مشتركة ، هى خير المجموع . وبذلك يكون للقانون دورا إيجابيا ، فلا يقتصر على حفظ النظام فى المجتمع كما ينادى المذهب الفردى ، بل يتجه إلى تحقيق الخير العام فيوجه النشاط الفردى نحو هذه الغاية .

ويمتاز هذا المذهب بأنه يضع مصلحة الجماعة فى المقام الأول ، فيرجحها على المصالح الخاصة للأفراد ، وبذلك يبرر حقيقة هامة وأساسية أغفلها المذهب الفردى . كما أن له فضل تلافى النتائج الظالمة التى تترتب على إطلاق الحرية الفردية بما يؤدى إليه من تحكم واستغلال .

غير أنه يلاحظ أن المذاهب الاشتراكية تتفاوت درجاتها . فنها مايبالغ إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد فى سبيل مصلحة المجموع ، بحيث يجعل نصب عينيه مصلحة الجماعة وحدها . ومنها مايتخذ مذهبا معتدلا ، فيسلك طريقا وسطا بين المذهب الفردى والمذهب الاشتراكى،حيث يضع مصلحة الجماعة فى المقام الأول، مع الاعتراف بالملكية الخاصة ، واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى فى الحدود التى تناى بهما عن التحكم والاستغلال :

وهذه الصورة المعتدلة للاشتراكية هى التى تسود فى الوقت الحاضر فى أغلب البلاد . وهى التى يحسن الوقوف عندها ، نظرا إلى أنها تجمع بين مزايا المذهبين و تتلافى ما فيهما من عيوب . فهى لا تعتد بالفرد وحده كما يقول المذهب الفردى ، ولا تنظر إلى الجماعة وحدها كما ينادى المذهب الاشتراكى فى صورته المتطرفة ، وإنما تتخذ مسلكا

وسطا تنظر فيه إلى مصلحة الجماعة بصفة أساسية مع المحافظة على شخصية الفرد وكيانه الذاتى بحيث لا يضحى بالمصلحة الخاصة للفرد إلا إذا تعارضت مع المصلحة العامة للمجموع.

وقد ترتب على المذهب الإشتراكى فى صورته القويمة هذه أن عمدت الدولة فى كثير من البلاد إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب ، حتى تكون بمنأى عن الاستغلال والتحكم من جانب بعض الأشخاص ، وبذلك وجدت الملكية الجماعية للشعب إلى جانب الملكية الخاصة للأفراد . إذ أن هذا التأميم ينقل المال من الملكية الخاصة إلى الملكية الجماعية . ويقول ميثاقنا الوطنى فى هذا المعنى : « إن التأميم ليس إلا انتقال أداة من أدوات الإنتاج من مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب »(١) . كما ترتب على هذا المذهب أن أصبحت إرادة الأفراد فى تنظيم شئونهم وعلاقاتهم مقيدة بالقيود التى يقتضيها الصالح العام للمجتمع . وهذه القيود تزداد يوما بعد يوم: حيث اتسع نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق . وأصبح الغبن سببا عاما لابطال العقد إذا كان منطويا على استغلال . وظهرت نظرية الظروف الطارئة . وأخذ الشارع يتدخل فى تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد آمرة ، كعقد العمل وعقد الإيجار . وأصبح كثير من السلع خاضعا للتسعير الجبرى .

ويتضح من هذا أن القانون فى ظل المذهب الإشتراكى يقوم بدور إيجابى فى توجيه نشاط الأفراد على النحو الذى يتفق مع الصالح العام ، حيث يتسع نطاقه إلى حد كبير.

٢٥ — موقف القانون المصرى :

صدر التقنين المدنى المصرى القديم فى عامى ١٨٧٥ (التقنين المختلط) و ١٨٨٣ (التقنين الأهلى) تسيطر عليه النزعة السائدة فى ذلك العصر ، وهى النزعة الفردية . وقد كان فى هذا مقلدا للتقنين المدنى الفرنسى الذى أخذ عنه الكثير من أحكامه .

فوفقا لنصوص هذا التقنين كان يعتبر حق الملكية حقا مطلقا ، وكان مبدأ سلطان

---

(١) قدم رئيس الجمهورية مشروع هذا الميثاق إلى المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية فى ٢١ مايو سنة ١٩٦٢ ، وقد أقره المؤتمر وأعلنه فى يوليه سنة ١٩٦٢ .

الإرادة هو الأساس فى تنظيم معاملات الأفراد ، فلا يجوز نقض العقد ولو كان منطويا على استغلال ، ولا الإعفاء من بعض شروطه ولو كانت جائرة ، ولا إعادة النظر فيه ولو طرأ مايجعل الإلتزام مرهقا للمدين .

غير أن تطورات عميقة ظهرت فى العالم منذ بداية القرن العشرين ، حيث ظهرت أفكار جديدة تنادى بالحد من إطلاق النزعة الفردية وتنظر إلى الحقوق ، ولاسيما حق الملكية ، باعتبارها وظائف اجتماعية . وقد تأثر الشارع المصرى بهذا الإتجاه الإشتراكى الجديد ، فأصدر فريقا من القوانين الخاصة يستجيب فيها لهذا الإتجاه ، كتلك التى تتعلق بالعمال وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

ثم جاء التقنين المدنى الحالى الذى عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مصطبغا بصبغة اشتراكية معتدلة يجارى فيها نزعات عصره سواء من الناحية الإجتماعية أو الإقتصادية ، حيث اتخذ موقفا معتدلا بين الفرد والجماعة . ففى نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة ، ولكنه أحاطه بكثير من القيود لمصلحة الجماعة . فهو يتميز فى هذا الصدد بحماية الجانب الضعيف فى العقد ، كما فعل فى نظرية الاستغلال ، وعقود الإذعان ، ونظرية الحوادث الطارئة ، وعقد التأمين . وفى نطاق الملكية جعلها وظيفة اجتماعية أكثر منها حقا فرديا ، حيث أورد عليها من القيود مايقف بها عند حدود هذه الوظيفة . إذ أوجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يلحق بالجار ضررا غير مألوف . وتضمن قيودا على حق الملكية فى الشرب والمجرى والصرف وحق المرور والحائط المشترك والمطلات . وأبرز فكرة التضامن الاجتماعى فى نظام الشيوع ، وملكية الأسرة ، وملكية الطبقات ، واتحاد ملاك طبقات البناء الواحد . وهو وإن كان يحمى حقوق الأفراد أيا كان نوعها ويكفل لهم استعمالها والتمتع بها ، إلا أنه فى الوقت ذاته يحمى الجماعة من خطر استعمالها على نحو مطلق ينحرف بها عن غرضها الاجتماعى ، فلا يجيز التعسف فى هذا الإستعمال .

وبعد قيام ثوره ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ أخذ الطابع الاشتراكى يسود التشريعات الجديدة على نحو حرص فيه الشارع على أن يقيم مجتمعا اشتراكيا بروحه ومعناه . فصدرت قوانين الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ والسنوات التالية تفرض حدا أقصى

لما يجوز للشخص أن يتملكه من الأراضى الزراعية، وما يجوز له أن ينتفع به من أرض مملوكة لغيره ، وتنظم العلاقة بين مالك الأرض الزراعية والمستأجر. وصدرت القوانين الأشتراكية فى سنة ١٩٦١ والسنوات التالية تؤمم البنوك وشركات التأمين وفريقا من الشركات الأخرى والمنشآت ، وتقضى بمساهمة الحكومة فى فريق آخر من الشركات والمنشآت ، وتفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن يتملكه من الأسهم فى بعض الشركات . وقد كانت هذه القوانين وتلك نقطه تحول فى حياة المجتمع المصرى ، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية . وهذا فضلا عن التشريعات الأخرى الكثيرة التى تنظم عقد العمل ، وتقرر التأمينات الاجتماعية ، وتخفض الايجارات أو تحدد قواعد ربطها ، وتفرض ضرائب تصاعدية ، وتضع تسعيرة للسلع الضرورية ، وتقرر مجانية التعليم، وتضع نظام التأمين الصحى .

ويقول الميثاق الوطنى فى هذا الصدد: «لقد أصبحت الاشتراكية وسيلة وغاية، هى الكفاية والعدل» . كما يقول : « إن الحل الاشتراكى لمشكلة التخلف الاقتصادى والاجتماعى فى مصر ، وصولا ثوريا إلى التقدم » لم يكن افتراضا قائما على الانتقاء الاختيارى ، وإنما كان الحل الاشتراكى حتمية تاريخية فرضها الواقع وفرضتها الآمال العريضة للجماهير ، كما فرضتها الطبيعة المتغيرة للعالم فى النصف الثانى من القرن العشرين » .

وينص الدستور الذى بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فيما يتعلق بالدولة على أن « الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » (المادة الأولى) ، وأن « السيادة للشعب » (م٢) . كما ينص فى بيانه لمقومات المجتمع الأساسية على أن « التضامن الاجتماعى أساس المجتمع المصرى » (م ٦) ، وأن « الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكى ، الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال ، بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل » (م ٩) ، وأن الشعب يسيطر على كل أدوات الانتاج (م ١٢) ، وأن رأس المال يستخدم « فى خدمة الاقتصادى القومى » ولا يجوز أن يتعارض فى طرق استخدامه مع الخير العام للشعب» (م ١٤) ، وأن « الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية » (م ١٦) ، وأن القانون يعين « الحد

الأقصى للملكية الزراعية ، ويحدد وسائل حماية الملكية الزراعية الصغيرة » (م ١٧) ، وأن الدولة تشجع التعاون ، وترعى المنشآت التعاونية بمختلف صورها (م ١٨) ، وأن الدولة تكفل وخدمات التأمين الاجتماعى ، وللمصرين الحق فى المعونة فى حالة الشيخوخة ، وفى حالة المرض أو العجز عن العمل أو البطالة» (م ٢٠) . وهذه المبادئ كلها من الأسس التى يقوم عليها المذهب الاشتراكى مستمدا من ظروف بيئتنا ، ومصطبغا بصبغة مجتمعنا ، ومستجيبا لآمالنا وأهدافنا »

الباب الثانى

أنواع القواعد القانونية

٣٦ – *تحديد هذه الأنواع* :

يتناول القانون فى تنظيمه لشئون المجتمع موضاعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية. ومن هذا فإنه ينقسم فى جملته إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقة التى ينظمها . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيمه إلى قسمين رئيسيين ، هما القانون العام والقانون الخاص ، وتنطوى تحت كل من هذين القسمين فروع متعددة .

كما أن القواعد القانونية ، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة ، إلا أنها تتفاوت من حيث مدى مالارادة الأفراد من سلطان إزاء قوتها الملزمة . فبعضها لايجوز لهذه الإرادة أن تخالفه، بينما البعض الآخر يجوز للإرادة أن تخالفه. وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة .

ولهذا نعرض لهاتين الناحيتين فى تحديد أنواع القواعد القانونية .

الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٧ – *تقسيمات متعددة* :

هناك تقسيمات عدة للقانون يذهب إليها الفقهاء ، أهمها تقسيمان : الأول هو تقسيمه إلى قانون موضوعى وقانون إجرائى أوشكلى ، والثانى هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص.

والمعيار الذى يقوم عليه التقسيم الأول هو أن القانون الموضوعى تتضمن قواعده أحكاما موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة ، كالقانون المدنى والقانون التجارى. أما القانون الاجرائى أو الشكلى فيشتمل على قواعد اجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التى تتبع لاقتضاء الحقوق التى يقررها القانون الموضوعى ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية . فمثلا يبين قانون المرافعات المدنية والتجارية الإجراءات التى يتبعها الشخص للحصول على حق يقرره له القانون المدنى أو القانون التجارى، حيث يتناول المحكمة المختصة بنظر الدعوى وكيفية رفع الدعوى وطريقة إقامة الدليل وصدور الحكم فى الدعوى وكيفية تنفيذه .

ولكن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص : وهو تقسيم تقليدى لايزال مستقرا ومسلما فى الفقه الحديث .

ولذلك نعرض لهذا التقسيم فيما يلى ، ثم نتبين الفروع التى تندرج تحت كل من قسميه .

الفرع الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

٢٨ — *معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص* :

هناك مسألة أولية نعرض لها فى البداية ، لأنها ترتبط بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، بحيث يكون من شأنها أن تلقى الضوء على معيار هذه التفرقة . ذلك أن الدولة بحكم قيامها على المصالح الأساسية للمجتمع تدخل فى سبيل تحقيق هذه المصالح طرفا فى العلاقات القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، فتكون هذه العلاقات حينئذ خاضعة للقانون العام . كأن تنزع الدولة ملكية قطعة من الأرض للمنفعة العامة ، فتكون العلاقة بينها وبين صاحب هذه الأرض خاضعة للقانون العام . أو تعين الدولة شخصا فى وظيفة ، فتكون العلاقة بينها وبين الموظف محكومة بقواعد هذا القانون . غير أن الدولة قد تمارس نشاطا آخر غير ذلك ، فتدخل طرفا فى العلاقات القانونية ، لاباعتبارها

صاحبة السلطان والسيادة ، بل بوصفها شخصا اعتباريا يتعامل كغيره من الأشخاص العاديين ، فتدخل هذه العلاقات فى نطاق القانون الخاص . كأن تبيع الدولة قطعة من الأرض المملوكة لها ملكية خاصة ، فيكون عقد البيع المبرم بينها وبين المشترى خاضعا لقواعد القانون الخاص ، شأنه فى ذلك شأن أى بيع عادى يبرم بين الأفراد . أو تستأجر الدولة بناء لاستخدامه فى بعض أوجه نشاطها ، فتسرى على عقد الايجار المبرم بينها وبين المالك أحكام القانون الخاص .

وعلى أساس هذا التميز فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفا فى العلاقة القانونية أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص : فالعلاقات التى ينظمها القانون العام هى التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، أما العلاقات ينظمها القانون الخاص فهى التى لاتكون الدولة طرفا فيها بهذا الوصف .

وهذا المعيار الذى يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافا فى العلاقة القانونية يقرب من الصواب ، ولكنه لايتسم بالدقة . إذ أن الصفة التى تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تتفرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم فى هذا الصدد هو الذى يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث ينظر إلى ما إذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة فى الدولة أولا تتصل به . ومقتضى هذا أن يكون القانون العام هو الذى ينظم السلطات العامة فى الدولة ، ويحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين دولة ودولة ، أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة فى الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . بينما يكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات التى لاتتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة ولاتتصل بحق السيادة فيها : وهذه العلاقات اما أن تقوم بين الدولة بإعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا .

٢٩ — الحكمة فى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأهميتها :

ترجع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى ماهنالك من اختلاف جوهرى فيما يتعلق بالأغراض المقصودة من كل منهما . فقواعد القانون العام يراد بها حماية الصالح العام للمجتمع فى نواحيه المختلفة ، أما قواعد القانون الخاص فالغرض منها حماية المصالح الخاصة لمن يتعاملون فى نطاقه . ولأن هذه هى الحكمة فى التفرقة بين هذين القانونين ، فإن قواعد القانون العام ترجح فى قوتها الملزمة على قواعد القانون الخاص ، حيث تجب التضحية بالمصلحة الخاصة للفرد فى سبيل المصلحة العامة للمجموع .

وتظهر أهمية هذه التفرقة فى نواح معددة نخص بالذكر منها مايأتى :

(١) فنظرا إلى أن القانون العام يهدف إلى حماية الصالح العام للمجتمع كانت أحكامه جميعها قواعد آمرة ، بمعنى أنه لايجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقوا على مايخالفها . بينما يتضمن القانون الخاص كثيرا من القواعد المكملة ، وهى التى يجوز للأفراد أن يتفقوا على مايخالفها ، لأنها تتعلق بمصالح خاصة لهم .

(٢) وضمانا لتحقيق الأغراض المقصودة من القانون العام يخول هذا القانون الهيئات العامة فى الدولة سلطات لايخولها القانون الخاص الأفراد . فمثلا تستطيع السلطات العامة أن تتخذ فى سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية لاتجوز للأفراد ، كالتنفيذ بالطريق الإدارى دون الالتجاء إلى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة . كما تستطيع أن تفرض على الأفراد القيام بعمل معين ، كتكليف المهندسين والأطباء بالعمل مدة معينة بعد تخرجهم فى مصالح الحكومة .

(٣) وفيما يتعلق بالأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الإعتبارية العامة ، وهى المخصصة للمنفعة العامة ، يخصها القانون العام بأحكام تختلف عن تلك التى يتضمنها القانون الخاص بالنسبة إلى الأموال المملوكة للأفراد . حيث لايجوز التصرف فى الأموال العامة ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالحيازة (م ٨٧ مدنى) .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، فإن لها من الأحكام الخاصة ماتنفرد به دون الأموال الخاصة المملوكة للأفراد ،

إذ لايجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ، وفى حالة حصول التعدى عليها يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ماتقتضيه المصلحة العامة دون الإلتجاء إلى القضاء (م ٢/٩٧٠ مدنى) .

(٤) والعلاقات التى تدخل الدولة طرفا فيها تنظمها قواعد القانون العام ، وهى تختلف عن القواعد التى تنظم علاقات القانون الخاص : فعلاقة الدولة بموظفيها تخضع لقواعد القانون العام ، وهى تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة الأشخاص العاديين بمن يعملون لديهم . حيث يعمل هؤلاء الموظفون فى مصالح عامة يجب ألا تقف عن العمل أو تتعطل ، الأمر الذى يدعو إلى الحد من حرياتهم على نحو لانجده فيما بين الأشخاص العاديين . والعقود الإدارية التى تبرمها الإدارة تسرى فى شأنها قواعد تختلف عن تلك التى تخضع لها العقود فى القانون الخاص . فللإدارة مثلا حق إلغاء العقد أو تعديل شروطه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، فى حين أن مثل هذه السلطة لاتتقرر للمتعاقد فى نطاق القانون الخاص :

(٥) وقد ترتب على اختلاف القواعد فى القانون العام عنها فى القانون الخاص أن عمد كثير من الدول إلى إفراد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادى للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام . وهذا هو ماأخذ به القانون المصرى ، حيث توجد فى نطاق مجلس الدولة الذى انشئ منذ سنة ١٩٤٦ محاكم إدارية تتولى الفصل فى المنازعات التى تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها كذلك . فيدخل فى اختصاص القضاء الإدارى مانص عليه قانون مجلس الدولة من هذه المنازعات ، ويبقى ماعدا ذلك من اختصاص القضاء العادى .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الهامة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التفرقة بينهما ليست حتمية أو مطلقة أو جامدة . فهناك من الشرائع مالا يلقى بالا إلى هذه التفرقة ، كالقوانين الانجلوسكسونيه . وهناك من فروع القانون مايصعب اعتباره من القانون العام أو القانون الخاص ، ولاسيما إذا كان يضم مزيجا من القواعد المختلفة فى طبيعتها ، كما سنرى بالنسبة إلى قانون المرافعات . بل إن النظرة إلى فريق معين من القواعد القانونية من حيث طبيعتها قد تختلف من بلد إلى آخر ومن زمان إلى زمان .

غير أن هذا ليس من شأنه أن يقدح فى سلامة هذه التفرقة الأساسية وأهميتها ، نظرا إلى مايترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة فيما يتعلق بنظام المجتمع على النحو الذى ذكرناه .

الفرع الثانى

فروع القانون العام

٣٠ – القانون العام الخارجى والقانون العام الداخلى :

يجرى جمهور الفقهاء على تقسيم القانون العام إلى قانون عام خارجى وقانون عام داخلى . ويقصد بالقانون العام الخارجى القانون الدولى العام . أما القانون العام الداخلى فيشمل الفروع الأخرى للقانون العام التى تدخل فى نطاق القانون الداخلى .

ويرى بعض الفقهاء أن الأولى أن تقسم القانون تقسيما أساسيا إلى قانون دولى وقانون داخلى ، بحيث يصبح تقسيم القانون إلى عام وخاص تقسيما ثانويا فى نطاق القانون الداخلى : وهذا فى اعتقادنا نظر سليم ، إذ أن المجتمع الذى يتناوله القانون الدولى هو العالم كله ؛ بينما المجتمع الذى ينطبق فيه القانون الداخلى هو الدولة ، فى هذا النطاق الداخلى يكون تقسيم القانون إلى عام وخاص .

وسنتناول فيما يلى فروع القانون العام وفقا للرأى السائد ، وهى القانون الدولى العام ، ثم الفروع الأخرى التى يشملها القانون الداخلى ، وهى القانون الدستورى ، والقانون الإدارى ، والقانون المالى ، والقانون الجنائى بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية .

٣١ – القانون الدولى العام :

القانون الدولى العام Driot international public هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر فى حالات السلم والحرب والحياد ، وعلاقاتها بالمنظمات الدولية .

وسنذكر فيما يلي المسائل التي يتناولها، والمصادر التي يستمد قواعده منها ، ثم نتبين ما إذا كانت قواعده تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

(١) مسائل القانون الدولى العام : ينظم هذا القانون طوائف مختلفة من العلاقات الدولية .

فهو يعنى ببيان أشخاص المجتمع الدولى ، فيحدد العناصر التى يجب توافرها فى الدولة حتى تكسب الشخصية الدولية ، ويقسم الدول فى هذا الخصوص إلى دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة بحيث يكون لكل منها مركز خاص فى ذلك المجتمع. كما ينظم حقوق الدولة وواجباتها فى علاقاتها بالدول الأخرى ، وطرق التمثيل السياسى والقنصلى الذى يجرى فيما بين الدول ، وأحكام المعاهدات والإتفاقات التى تبرم بينها، والوسائل التى يجب أن تتبعها لفض المنازعات بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولى. كذلك يبين أحكام مسئولية الدولة قبل الدول الأخرى . فهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظمها بقانون السلم .

وفى حالة الحرب ينظم هذا القانون علاقات الدول المتحاربة ، فيبين طريقة إعلان الحرب ، والأسلحة التى يجوز استخدامها ، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، وطريقة المفاوضة أثناء الحرب ، ووسائل إنهاء الحرب كالهدنة والصلح . وتسمى القواعد المنظمة لهذه العلاقات بقانون الحرب .

أما الدول الأخرى التى لا تدخل فى الحرب فتكون علاقتها بالدول المتحاربة علاقة حياد . وهذه العلاقة ينظمها قانون الحياد ، فيبين حقوق وواجبات الدول المحايدة إزاء الدول المتحاربة ، كجواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحرى وغير ذلك .

وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة على أثر الحربين العالميتين الأخيرتين . وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، كالجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن ، ومجلس الوصاية ، والمجلس الاقتصادى والاجتماعى ، ومؤسسة الثقافة العالمية ، ومحكمة العدل الدولية ، وبنك الإنشاء والتعمير . وكذلك المنظمات الإقليمية ، كجامعة الدول العربية . حيث وجدت قواعد تبين تشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التى تتبعها فى أداء وظيفتها ، وتسمى هذه القواعد بقانون المنظمات الدولية.

(٢) مصادر القانون الدولى العام: لاتوجد هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلى . فمصادر القانون الدولى العام هى العرف والمعاهدات والفقه والقضاء .

ويعتبر العرف هو المصدر الأساسى فى هذا الخصوص . فإذا درجت الدول على الأخذ بقاعدة معينة حتى تولد لديها اعتقاد عام بأنها قاعدة تجب مراعاتها أصبحت هذه القاعدة عرفا . وتساهم المصادر الأخرى فى تكوين هذا العرف إذا تردد ذكره فى المعاهدات الدولية واستقر عليه الفقه والقضاء الدوليين .

كذلك تعتبر المعاهدات مصدرا فى هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد كبير من الدول وكان الغرض منها وضع قواعد دولية تتعلق بأمور تهم الدول جميعا . فمثل هذه المعاهدات يقال لها المعاهدات الشارعة Traités - lois ، وهى تختلف عن المعاهدات التى تبرم بين عدد محدود من الدول فى خصوص أمر يهم الدول المتعاهدة دون غيرها . ومن أمثلتها اتفاقيات لاهاى التى أبرمت فى سنتى ١٨٩٩و١٩٠٧ وتضمنت القواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية والقواعد المنظمة للحرب ، وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذى أبرم فى سان فرنسسكو سنة ١٩٤٥ .

أما الفقه والقضاء الدوليين فيأتيان فى المرتبة بعد هذين المصدرين ، إذ أن أثرهما محدود فى هذا النطاق ، وهما على كل حال يساهمان فى تكوين العرف الدولى إذا استقرا على الأخذ بقاعدة معينة :

(٣) مدى اعتبار القانون الدولى العام قانونا بالمعنى الصحيح: ثار جدل فى الفقه حول هذا الاعتبار :

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن القانون الدولى العام ليس قانونا بالمعنى الصحيح . وذلك استنادا إلى أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى سن قوانين تلزم الدول ، ولا سلطة قضائية تختص بالفصل فى المنازعات الدولية ، ولا سلطة عليا تقوم بتوقيع الجزاء على الدول التى تخالف قواعد هذا القانون . فهيئة الأمم المتحدة ليست دولة فوق الدول ، بل هى مؤتمر تجتمع فيه الدول ، مع بقاء الانضمام إلى الهيئة أو الخروج منها أمرا اختياريا موكولا إلى إرادة الدولة ، بل إن ما تقرره الهيئة تستطيع كل دولة من الدول

الأعضاء أن تتحلل منه . وحتى ما ترتضيه الدولة بطريق المعاهدات تستطيع أن تخالفه . وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر عقوبات اقتصادية وعسكرية على من يخالفه فإن هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية .

وذهب فريق آخر إلى اعتبار القانون الدولى العام قانونا بالمعنى الصحيح . وكان من اليسير عليهم دحض ما يحتج به الفريق الأول من أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى وضع قواعدالقانون الدولى. إذ أن هذا ليس لازما حتى فى نطاق القانون الداخلى. ففى داخل الدولة يوجد إلى جانب القواعد التشريعية قواعد أخرى عرفية . وقد بدأ القانون الداخلى عرفا قبل أن توجد الهيئات التشريعية . كما أن وجود سلطة قضائية للفصل فى المنازعات لايعتبر شرطا لوجود القانون . وعلى أى حال فإن فى المجتمع الدولى وسائل لحل المنازعات الدولية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولى الذى تتولاه محكمة العدل الدولية. أما الاحتجاج بعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولى فقد رد عليه بأن وجود جزاء منظم توقعه سلطة مختصة ليس ضروريا لوجود القاعدة القانونية ، وحتى إذا سلمنا بضرورة وجود الجزاء فلا يلزم أن يوقع بواسطة سلطة مختصة لأن طريقة توقيع الجزاء مسألة تتعلق بمدى مابلغه المجتمع من تضامن وتنظيم . وفى القانون الدولى صور متعددة للجزاء ، منها إعلان الحرب ومقابلة المثل بالمثل وإعلان بطلان المعاهدة أو فسخها .

ونحن نعتقد أن قواعد القانون الدولى العام تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح : ذلك أن للمجتمع الدولى ظروفه التى تميزه عن المجتمع الداخلى فى الدولة ، فأعضاؤه هم الدول وليسوا الأفراد ، ومن ثم تختلف خصائص القاعدة فى القانون الدولى عنها فى القانون الداخلى . فشعور الدول بأن قاعدة معينة هى قاعدة ملزمة يجب أن تحترم يكفى لأن يجعل منها قاعدة قانونية دولية ، وذلك على خلاف الوضع فى القانون الداخلى ، لأن الدولة أمام هذا الشعور الاجماعى لا تقدم على مخالفة هذه القاعدة كما يقدم الأفراد . والاستنكار العالمى يصلح لأن يكون جزاء للقاعدة الدولية على خلاف قواعد القانون الداخلى ، لأن هذا الاستنكار من شأنه أن يكون رادعا للدولة منه أكثر بالنسبة إلى الأفراد . وإذا كان الجزاء المادى الذى يقوم على استعمال

القوة ضد الدولة المعتدية لا توقعه سلطة دولية ، بل توقعه كل دولة محتفظة بكامل سلطانها ، فلا أقل من أن تعتبر هذا مرحلة يمر بها القانون الدولى وهو ما زال حديث العهد تقابل مرحله القصاص الفردى التى مر بها القانون الداخلى فى مراحل تكوينه . وإنا لنرى اليوم أن الضمير العالمى قد بلغ مبلغا من الوعى جعل كثيرا من الدول القوية تحجم عن ضروب من الاعتداء والغصب كانت لا تتورع عن إتيانهـا فى المـاضى .

٣٢ — القانون الدستورى :

القانون الدستورى Le droit constitutionnel هو مجموعة القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها بالبعض الآخر ، وتقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .

وسنتناول فيما يلى المسائل التى يعالجها هذا القانون ، ثم نناقش الرأى الذى يشكك فى أن قواعده تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

١ — مسائل القانون الدستورى : يحدد هذا القانون شكل الدولة من حيث كونها ملكية أو جمهورية ، ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو اتحادية ، إلى غير ذلك . وقد نص الدستور المصرى الذى بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فى مادته الأولى على أن « الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » . كما نص على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » (م ٤٧) ، وعلى أنه « يتألف مجلس الأمة من أعضاء يختارون بطريق الانتخاب السرى العام » (م ٤٩) .

كما يبين السلطات العامة فى الدولة ، وهى السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويعين الهيئات التى تتألف منها هـذه السلطات واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها بالبعض الآخر . فالسلطة التشريعية فى مصر يتولاها مجلس الأمة (م ٤٧) ورئيس الجمهورية ، ووظيفتها سن القوانين ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية يتولاها رئيس الجمهورية (م ١٠٠) ومعه نوابه ووزراؤه ، ووظيفتها

وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وتنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة . والسلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ووظيفتها تطبيق القوانين ،ولا يجوز لأية سلطة أخرى التدخل فى أعمالها المتعلقة بالقضايا وشئون العدالة (م ١٥٢) .

كذلك يقرر حريات الأفراد وحقوقهم قبل الدولة . وترتد هذه الحريات والحقوق إلى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية المسكن ، وحرية الدين ، وحرية الرأى ، وحرية الإجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة فى الحقوق والواجبات ، أى المساواة فى المزايا التى تخولها الدولة الأفراد والتكاليف التى تفرضها عليهم ، كالمساواة فى التوظف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب (م ٢٤ وما بعدها) .

٢ ــ القانون الدستورى قانون بالمعنى الصحيح : أنكر بعض الفقهاء توافر الصفة القانونية للقواعد الدستورية . وذلك على أساس أن السلطة العامة التى تقوم على كفالة احترام القانون لايتصور أن توقع الجزاء على نفسها إذا خالفت قواعد هذا القانون ، فالتزامها باحترام الدستور لايعدو أن يكون التزاما أدبياً تحميه جزاءات أدبية محضة :

ويلاحظ على هذا النظر ماقلناه فيما يتعلق بالقانون الدولى العام من أن خصائص القاعدة القانونية تختلف بحسب المجال الذى تنطبق فيه . فإذا لاحظنا أن قواعد القانون الدستورى إنما تتوجه بصفة أساسية إلى السلطات العامة فى الدولة ، أمكننا أن ندرك أن صور الجزاء فيها تختلف عنها بالنسبة إلى فروع القانون الأخرى . ذلك أن نظام الحكم فى الدولة يقوم على توزيع السلطات بين هيئات مختلفة ، هى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية . ومن ثم يتخذ الجزاء فى ظل هذا النظام صورة رقابة متبادلة من كل سلطة على أخرى . فمثلا يكون للحكومة التى تتولى السلطة التنفيذية حل المجلس الذى يتولى السلطة التشريعية ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . ويكون لهذا المجلس حق إسقاط الحكومة . ويكون للمحاكم التى تتولى السلطة القضائية حق مراقبة صحة التشريعات التى تصدر من السلطتين الأخريين فتلغيها أو تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، كما يكون لها أن تحكم بالتعويض لصالح الأفراد فى الدعاوى التى يرفعونها

على الحكومة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى لحقتهم من جراء أفعالها الخاطئة .

ومن الواضح أن مثل هذه الرقابة يتوفر فيها الجزاء الذى يكفل احترام القواعد الدستورية على نحو فعال . بل إن الشعب ، وهو مصدر السلطات جميعا ، يقف حارسا أمينا على احترام هذه القواعد . فإذا وجد انتهاكاً لأحكام الدستور وانحرافا من السلطة العامة عن جادة الصواب باشر الضغط عليها بوسائله السلمية ، وإذا لم تفلح هذه الوسائل فقد يؤدى الأمر إلى ثورة تعيد الأمور إلى نصابها . وتلك أقوى صور الجزاء وأفعلها أثرا فى كفالة احترام الدستور الذى يعتبر القانون الأساسى فى الدولة .

٣٣ - القانون الإدارى :

القانون الإدارى *Le droit administratif* هو مجموعة القواعد التى تنظم نشاط السلطة التنفيذية فى قيامها بوظيفتها الإدارية .

ذلك أن السلطة التنفيذية تتولى نوعين من الأعمال : النوع الأول يشمل الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة ، كدعوة المجلس التشريعى إلى الانعقاد وإعلان الحرب وإبرام المعاهدات وإعلان حالة الطوارىء ، وهذه أعمال لها خطرها وتدخل فى نطاق القانون الدستورى . والنوع الثانى يشمل الأعمال الإدارية ، وهى التى تتعلق بإدارة المرافق العامة فى الدولة ، كمرافق المياه والكهرباء والمواصلات والشرطة أو ما إلى ذلك من الخدمات الضرورية للجمهور ، وهذه يتكفل بها القانون الإدارى .

ونظرا إلى هذا الإزدواج فى النشاط الذى تمارسه السلطة التنفيذية كانت الصلة وثيقة بين القانون الدستورى والقانون الإدارى إلى درجة أنهما يتداخلان بالنسبة إلى بعض الموضوعات بحيث يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاقيهما . فقد رأينا أن القانون الدستورى يدخل فى نطاقه بيان السلطات العامة فى الدولة وتحديد اختصاص كل منها وتنظيم ما يقوم بينها من علاقات . ويأتى القانون الإدارى فينظم نشاط السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالأعمال الإدارية .

ونعرض فيما يلى للمسائل التى ينظمها القانون الإدارى ، ثم للمصادر التى تستقى منها أحكامه .

(ا) مسائل القانون الإدارى : نظراً إلى أن هذا القانون ينظم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فإنه يتناول كل مايتعلق بأداء هذه الوظيفة :

١ — فهو يحدد الأشخاص والهيئات التى تباشر الأعمال الإدارية، كرئيس الدولة والوزراء والمحافظين والمصالح والمؤسسات العامة ومجالس المحافظات والمدن والقرى، ويبين طريقة تكوين هذه الهيئات، ويعين اختصاص هؤلاء الأشخاص وهذه الهيئات، وينظم العلاقات بينها .

وفيما يتعلق بعلاقة الحكومة المركزية بالهيئات الإقليمية هناك طريقتان للإدارة :

الأولى طريقة المركزية ، وبمقتضاها تتركز الإدارة فى يد الحكومة المركزية ، حيث يتعين على الهيئات الإقليمية الرجوع فى معظم شئونها إلى تلك الحكومة ، فلا يكون لهذه الهيئات إلا قسطا ضئيلا من الاستقلال الذاتى . وقد كانت هذه هى الطريقة المتبعة فى مصر إلى عهد قريب .

والثانية طريقة اللامركزية ، وبمقتضاها تتخلى الحكومة المركزية عن كثير من شئون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية ، وهذه تكون ذات صبغة شعبية انتخابية إما بصفة كاملة أو جزئية ، فتتمتع بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، بحيث يكون لها أن تبت فى كثير من المسائل دون الرجوع إلى الحكومة المركزية . وهذه هى الطريقة المتبعة عندنا الآن بمقتضى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم الإدارة المحلية .

٢ — كذلك يبين المرافق العامة التى تقدم الخدمات الضرورية للجمهور ، ويحدد الهيئات التى تتولاها ، وطريقة إدارتها واستغلالها .

٣ — وفيما يتعلق بالأموال العامة للدولة ، وكذلك الأموال المملوكة لها ملكية خاصة، يبين النظام القانونى الذى تخضع له هذه الأموال سواء من حيث التملك أو الانتفاع .

٤ — كما ينظم علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والترقية والتأديب والفصل والاستقالة وغير ذلك مما يتعلق بالموظفين .

٥ — هذا إلى أنه يعنى ببيان الأعمال الإدارية ، وشروط صحتها ، وطرق الرقابة عليها وبخاصة الرقابة القضائية .

وفيما يتعلق بالرقابة القضائية على الأعمال الإدارية تختلف البلاد فى الوسيلة التى تتخذها لتحقيق هذه الرقابة . فبعضها يجعل هذه الرقابة من اختصاص القضاء العادى ؛ بينما يحرص البعض الآخر على الفصل التام بين السلطين التنفيذية والقضائية ، فيجعل هذه الرقابة من اختصاص قضاء إدارى ينشأ لهذا الغرض . وقد كانت مصر إلى عهد قريب تأخذ بالطريقة الأولى ، حيث كانت للمحاكم العادية سلطة محدودة فى هذا الشأن ، فلم يكن لها أن تلغى أو تقف تنفيذ الأعمال الإدارية المخالفة للقانون ، بل كان لها فحسب أن تحكم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب الأفراد من جراء هذه الأعمال . ثم عدلت عن ذلك إلى الطريقة الأخرى ، فأنشأت مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ : ويتألف هذا المجلس من قسمين ، هما قسم القضاء الإدارى، والقسم الاستشارى للفتوى والتشريع . والقسم الأول من هذين القسمين هو الذى يعتبر إنشاء جديدا فى هذا التكوين ، فهو الدعامة الكبرى للاصلاح الذى حققه الشارع المصرى بإنشاء ذلك المجلس . وهو يضم المحاكم الإدارية التى أصبحت تختص بجميع المنازعات التى تقوم بين الأفراد وبين السلطات الإدارية المختلفة فى شأن الأعمال الإدارية . حيث أعطيت هذه المحاكم سلطة واسعة فى رقابة الأعمال الإدارية ، بحيث يكون لها أن تحكم بإلغائها أو وقف تنفيذها إذا كانت مخالفة للقانون . ومن ثم يستطيع الأفراد والهيئات أن يلجأوا إليها يطلبون إلغاء العمل الإدارى أو وقف تنفيذه والتعويض عن الضرر الذى أصابهم بسببه . وفى ذلك من الضمانات ما يكفل حقوق الأفراد ويحمل السلطات الإدارية على أن تلتزم فى إداء وظيفتها حدود القانون دون تعسف أو انحراف .

والواقع أن القانون الإدارى قد اتسع نطاقه بوجود القضاء الإدارى ، حيث يعتبر من موضوعاته الأساسية كل ما يتصل بهذا القضاء وبخاصة ما يتعلق بالسلطات التى أعطيت له والقواعد والضمانات التى يقررها .

٢ ـــ مصادر القانون الإدارى : يتناول هذا القانون موضوعات مختلفة ومتشعبة يزداد نطاقها كل يوم نظرا إلى إزدياد المرافق التى تضطلع بها الدولة ، وتتغير القواعد التى تحكمها لمواجهة التطورات المستمرة فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية . ولذلك فإن

قواعده تستمد من مصادر متعددة، بحيث يتعذر تقنين هذه القواعد فى مدونة واحدة؛ وهذه المصادر هى :

١ — يأتى فى المرتبة الأولى بين هذه المصادر القواعد التشريعية التى وضعت لتنظيم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية . وهذه القواعد مبعثرة فى أنحاء متفرقة ، فمنها قواعد وردت فى الدستور ، ومنها قواعد وردت فى عدد كبير من القوانين واللوائح . ومن أمثلة هذه القوانين قانون الحكم المحلى ، وقانون التزام المرافق العامة ، وقانون نزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين ، وقوانين التموين ، وقوانين الموظفين ، وقانون مجلس الدولة .

٢ — فإذا لم توجد قاعدة تشريعية من هذا القبيل طبق القضاء الإدارى قواعد القانون المدنى من الناحية الموضوعية وقواعد قانون المرافعات من الناحية الإجرائية . غير أنه يلاحظ أن تطبيق القضاء الإدارى لهذه القواعد إنما يكون بالقدر الذى يتفق مع طبيعة العلاقات التى يحكمها القانون الإدارى ، فهو لا يتقيد بهذه القواعد إذا تعارضت مع حسن سير المرفق العام واستمراره فى أداء مهمته .

٣ — هذا إلى أن القضاء الإدارى كان له الفضل فى تقرير فريق من القواعد الثابتة والضمانات ، بحيث أصبحت هذه القواعد من مصادر القانون الإدارى . وقد ساعد القضاء على سلوك هذه السبيل أن ليست هناك نصوص تشريعية تقيده فى هذا النطاق .

٣٤ — القانون المالى :

القانون المالى Le droit financier هو مجموعة القواعد التى تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فهو بهذه المثابة يبين القواعد التى تحكم ميزانية الدولة . حيث تنقسم الميزانية إلى إيرادات ومصروفات .

ففيما يتعلق بالإيرادات يحدد هذا القانون مصادرها ويبين طريقة تحصيلها . وهذه المصادر متنوعة ، حيث تشمل الضرائب على اختلاف أنواعها ، وما تتقاضاه الدولة نظير الخدمات التى تؤديها بواسطة المرافق العامة ، وما تحصله من غلة الأموال المملوكة

لها ملكية خاصة أو من ثمن ما تبيعه منها ، والقروض التي تبرمها لسد عجز في الميزانية أو لاستغلال مرفق من المرافق .

وفيما يتعلق بالمصروفات ينظم انفاق الإيرادات على المرافق التي تضطلع بها الدولة ، كالدفاع والأمن والصحة والقضاء والتعليم والشئون الاقتصادية ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على هذا الانفاق .

ولقد كان هذا القانون إلى عهد قريب يعتبر جزءا من القانون الإدارى ، إذ أنه فى الواقع يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الإدارية ، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام .

٣٥ — القانون الجنائى :

القانون الجنائى **Le droit criminel** هو مجموعة القواعد التى تنظم سلطة الدولة فى توقيع العقاب على المجرمين : وهو يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية ، ولكل من هذين تقنين مستقل .

٣٦ — (١) قانون العقوبات :

قانون العقوبات **Le droit pénal** هو مجموعة القواعد التشريعية التى تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها . إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص فى القانون (م ٢٥ من الدستور) :

وهو ينقسم إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص : فالقسم العام يشمل الأحكام العامة التى تسرى على الجريمة والمجرم والعقوبة بوجه عام أيا كان نوع الجريمة : فهو يبحث فى الجريمة من حيث تحديد أنواعها وبيان أركانها ، ويبحث فى المجرم من حيث تحديد مسئوليته والظروف التى تعفى أو تخفف منها ، ويبحث فى العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وأسباب انقضائها : وتنقسم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات : فالجنايات هى التى يعاقب عليها بالإعدام ، أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته ، أو

السجن : والجنح هى التى يعاقب عليها بالحبس الذى تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التى يزيد مقدارها على جنيه مصرى . والمخالفات هى التى يعاقب عليها بالحبس الذى لا تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التى لا يزيد مقدارها على جنيه مصرى .

أما القسم الخاص فيشمل الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة : حيث يتناول أولا الجنايات والجنح التى تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمنها الداخلى أو الخارجى والرشوة والتزوير وتزييف العملة : ثم يتناول الجنايات والجنح التى تقع على الأفراد مباشرة ، كالقتل والضرب والسرقة والزنا . وأخيرا يتناول المخالفات . وهناك جرائم ورد النص عليها فى قوانين خاصة ، كقانون المخدرات وقانون الأسلحة .

وقد ذهب رأى إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون الخاص ، أو بالأقل قانونا مختلطابين القانون العام والقانون الخاص ، نظرا إلى أن الجريمة تصيب فى معظم الحالات مصالح فردية . ولكن هذا الرأى محل نظر : ولذلك يذهب الرأى السائد إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون العام . وينهض بهذا الرأى أن الجريمة ، حتى لو وقعت مباشرة على الأفراد أنفسهم ، تعتبر جريمة موجهة إلى المجتمع بأسره لما تنطوى عليه من أخلال بالأمن والطمأنينة فيه . ولذلك فإن السلطة العـــامة هى المختصة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم : وإذا ماأصاب أحد الأفراد ضرر من الجريمة فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض ، وهذه مسألة يحكمها القانون المدنى .

٣٧ — قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية :

قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية **Droit d' instruction criminelle** هو مجموعة القواعد التى تبين الاجراءات التى تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات : فهى قواعد إجرائية ؛ بينما قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية .

حيث يتكفل هذا القانون بتنظيم المحاكم الجنائية فيحدد أنواعها ويعين اختصاص كل منها ، كما يبين الإجراءات التى تتبع فى جمع الاستدلالات عن الجريمة ، والتحقيق مع المتهم ، ومحاكمته ، وطرق الطعن فى الأحكام ، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها .

والمحاكم الجنائية أو الجزائية أحد فرعى جهة القضاء العادى. وتشمل محاكم المخالفات والجنح ، ومحاكم الجنح المستأنفة ، ومحاكم الجنايات . وعلى رأسها جميعا محكمة النقض . كما توجد إلى جانب هذه المحاكم محاكم أمن الدولة .

الفرع الثالث

فروع القانون الخاص

٣٨ — القانون الخاص :

رأينا أن القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا .

والقانون المدنى هو أصل القانون الخاص كله . ثم استقلت عنه فروع لتحكم أنواعا معينة من العلاقات ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها لاتصالها بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة ، وهى فروع تتضمن قواعد موضوعية ، كالقانون التجارى والقانون البحرى والقانون الجوى وقانون العمل والقانون الزراعى . كذلك استقلت عنه القواعد الإجرائية ، فكونت فرعا مستقلا هو قانون المرافعات المدنية والتجارية . وإلى جانب هذه الفروع ظهر فرع آخر هو القانون الدولى الخاص ، حيث تنفرد قواعده بوظيفة معينة فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى .

وسنعرض لهذه الفروع فيما يلى :

٣٩ — القانون المدنى :

القانون المدنى **Le droit civil** هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص فى المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص .

فهو بهذه المثابة يعتبر الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص . ويتجلى هذا

المعنى فى أمرين . الأول أن قواعده تواجه علاقات تقوم بين جميع الأشخاص على اختلاف طوائفهم ومهنهم ، وذلك على خلاف الفروع الأخرى التى تعنى بطوائف ومهن معينة أو تتناول أوضاعا وحالات معينة . والثانى أن قواعده يرجع إليها فى كل مسألة يسكت عن تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص يتضمن أحكاما موضوعية ، وذلك فيما عدا القانون الدولى الخاص .

وهو بمعناه الصحيح ينظم طائفتين من العلاقات القانونية : الأولى تشمل علاقات الفرد بأسرته ، ويطلق عليها الأحوال الشخصية Statut personnel . والثانية تشمل العلاقات المالية ، ويطلق عليها المعاملات أو الأحوال العينية Statut réel . حيث يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال ، والنسب وما يترتب عليه من آثار ، والزواج وما يترتب عليه من آثار ، والفرق من طلاق وغيره ، والميراث والوصية والوقف ، وكذلك الهبة فى بعض القوانين . ويدخل فى نطاق الأحوال العينية أو المعاملات كل ما يتصل بالعلاقات المالية بين الشخص وغيره ، كتحديد معنى المال ، وبيان أنواع الحقوق المالية ، والسلطات التى تخولها ، وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها .

فهذا هو مضمون القانون المدنى وفقا لما يجرى فى معظم بلاد العالم . أما فى مصر ، فنظرا إلى الظروف الخاصة التى وضع فيها أول تقنين مدنى ، لم يشتمل التقنين المدنى المصرى على تنظيم لمسائل الأحوال الشخصية ، حيث تركت هذه المسائل لحكم القواعد الدينية ، وهى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ، والشرائع الملية بالنسبة إلى غير المسلمين . وسنرى أن الشارع المصرى قد وحد القواعد المتعلقة بفريق من هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعا بمقتضى قوانين خاصة .

وقد وضع تقنين مدنى مصرى لأول مرة فى سنة ١٨٧٥ لكى تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غراره فى سنة ١٨٨٣ لكى تطبقه المحاكم الوطنية . ثم وحد التقنين المصرى عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحا شاملا ، فصدر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ وبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويبدأ هذا التقنين بباب تمهيدى يتضمن أحكاما عامة فى القانون وتطبيقه وفى

الأشخاص وفى تقسيم الأشياء والأموال . ثم ينقسم بعد ذلك إلى قسمين رئيسين : أحدهما للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، وهو يشتمل على كتابين ، يتناول أولهما الالتزامات بوجه عام ، ويختص الثانى بالعقود المسماة . والقسم الآخر للحقوق العينية ، وهو يتضمن كتابين كذلك ، كتابا ثالثا بعرض الحقوق العينية الأصلية ، وكتابا رابعا موضوعه الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية .

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة تدخل فى نطاق القانون المدنى ، حيث عالج الشارع فيها موضوعات معينة رأى أن يفرد لها تنظيما مستقلا عن التقنين المدنى ، منها قانون الشهر العقارى ، وقانون التوثيق ، وقانون إيجار الأماكن ، وقانون الإصلاح الزراعى .

٤٠ — القانون التجارى :

القانون التجارى Le droit commercial هو مجموعة القواعد التى تنظم المعاملات التجارية . وهى المعاملات التى تنشأ بين التجار بوصفهم تجارا ، أو تكون متعلقة بأعمال تجارية .

فهو يحدد معنى التاجر والأعمال التجارية ، ويبين واجبات التاجر كالقيد فى السجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية ، وينظم الشركات التجارية بأنواعها المختلفة ، ويتناول مظاهر النشاط التجارى كالعقود التجارية والملكية التجارية ، وأدوات التعامل فى التجارة كالكمبيالات والسندات الأذنية أو لحاملها والشيكات ، وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار .

وقد كان القانون التجارى جزءا من القانون المدنى ثم استقل عنه كما قدمنا . ولهذا قلنا إن القانون المدنى يعتبر الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، فحيث لا توجد قاعدة فى القانون التجارى لمسألة معينة يرجع فيها إلى قواعد القانون المدنى .

ويرجع استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى إلى الاعتبارات الآتية :

١ — فقد اقتضى ازدياد النشاط التجارى أن توضع قواعد خاصة تتفق مع ما تتطلبه

التجارة من سرعة فى إنجاز المعاملات التجارية وإعفائها من القيود التى ترد على المعاملات المدنية : ومن الأمثلة على ذلك أن القاعدة العامة التى يتضمنها القانون المدنى فى إثبات وجود التصرف القانونى أو انقضائه تقضى بأنه لا تجوز البينة فى هذا الإثبات إذا كان التصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات (م ١/٤٠٠ مدنى) . بينما يجوز فى المعاملات التجارية إثبات مثل هذا التصرف بالبينة حتى لا تتعطل هذه المعاملات . ومن الأمثلة كذلك أن القاعدة فى القانون المدنى أن حوالة الحق لا تنفذ قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها (م ٣٠٥ مدنى) . بينما فى المعاملات التجارية تنفذ حوالة الحقوق الثابتة فى الأوراق التجارية ، كالكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات ، بمجرد التوقيع على الورقة بما يفيد الحوالة .

٢ — كما تقتضى المعاملات التجارية أن تقوم علاقات التجار على أساس من الثقة لا تتوفر فى المعاملات غير التجارية ، مما دعا إلى وضع قواعد خاصة تتفق مع هذا الاعتبار . من ذلك أن القانون التجارى يلزم التاجر بأن يمسك دفاتر منتظمة يثبت فيها معاملاته ، ويشهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه فترفع يده عن إدارة أمواله ليتولاها وكيل الدائنين محافظة على حقوق هؤلاء ، ويعاقبه إذا صدر منه تقصير أو تدليس . ومن ذلك أنه فى القانون المدنى يجوز للقاضى أن ينظر المدين إلى أجل ينفذ فيه التزامه إذا كانت ظروفه تبرر هذا التأجيل (م ٣٤٦/٢ مدنى) . بينما لا تثبت هذه السلطة للقاضى فى المسائل التجارية ، لأنها لا تلائم ما يجرى عليه التجار فى معاملاتهم التجارية ، حيث يرتبطون فى هذه المعاملات اعتمادا على الوفاء بما لهم من ديون فى مواعيد استحقاقها . ومن ذلك أن القاعدة فى القانون المدنى أن التضامن بين المدنيين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) . أما فى المعاملات التجارية فإن هذا التضامن يفترض ، دون حاجة إلى اتفاق أو نص ؛ فلا يكون على الدائن أن يقتصر فى مطالبته لأى مدين على نصيبه فى الدين ، بل يستطيع أن يطالبه بكل الدين ، وبذلك يتوفر له من الائتمان ما يضمن له الحصول على حقه .

٣ — هذا إلى أن نظما جديدة ظهرت فى نطاق التجارة ولم يكن لها وجود فى المعاملات غير التجارية ، كالبنوك والبورصات والأوراق التجارية ، الأمر الذى دعا إلى وضع قواعد خاصة بها تدخل فى نطاق القانون التجارى .

وقد وضع أول تقنين تجارى مصرى فى سنة ١٨٧٥ لكى تطبقه المحاكم المختلطة ، ثم وضع تقنين آخر على غراره فى سنة ١٨٨٣ لكى تطبقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . ولكن الشارع عدل فى هذا التقنين القواعد الخاصة بالصلح الواقى من الإفلاس بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥ . كما أصدر عدة قوانين خاصة أراد أن يسد بها النقص فى هذا التقنين ، كالقانون الخاص بحماية العلامات والبيانات التجارية ، والقانون الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، والقانون الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون الخاص بالأسماء التجارية ، والقانون الخاص بالسجل التجارى ، والقانون الخاص بالدفاتر التجارية ، والقانون الخاص ببعض أحكام الشركات .

ونظرا إلى ما تخضع له المسائل التجارية من أحكام وإجراءات خاصة ، فقد أنشأ الشارع المصرى دوائر خاصة لها فى نطاق المحاكم المدنية .

٤١ — القانون البحرى :

القانون البحرى Le droit maritime هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية . حيث تتركز قواعد ذلك القانون فى السفينة وما تحمله باعتبارها وسيلة هذه الملاحة .

فهو ينظم الحقوق التى ترد على السفينة ، والعقود التى تكون هذه السفينة محلا لها كبيع السفينة وتجهيزها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد العمل البحرى ، ومسئولية مالك السفينة ، وعقد النقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل ، والتأمين على السفن والبضائع ، إلى غير ذلك من المسائل التى تتصل بالملاحة البحرية .

وعلى الرغم من أن المسائل الأساسية التى يتكفل القانون البحرى بتنظيمها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية ، فثمة اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجارى . حيث روعى أن السفينة كبيرة القيمة وأنها تتعرض لأخطار خاصة ، كما أنها تكون فى

أغلب الأحيان بعيدة عن رقابة صاحبها . وفضلا عن ذلك فإن القانون البحرى يعنى بملاحة الصيد وملاحة النزهة ، وكلتاهما لاتعتبر عملا تجاريا .

وقد وضع أول تقنين بحرى مصرى فى سنة ١٨٧٥ لـكى تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غراره فى سنة ١٨٨٣ لـكى تطبقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . وهناك قوانين خاصة صدرت إلى جانب هذا التقنين ، كالقانون الخاص بتسجيل السفن التجارية ؛ والقانون الخاص بالامتيازات والرهون البحرية ، والقانون الخاص بعقد العمل البحرى .

ويقابل القانون البحرى فرع حديث النشأة ، هو القانون الجوى ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية . فهو يتناول موضوعات تقابل تلك التى ينظمها القانون البحرى .

٤٢ — قانون العمل :

قانون العمل Droit du travoil هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال .

وهو فرع حديث النشأة نسبيا . فقد كانت العلاقة بين العامل ورب العمل تخضع للقاعدة العامة فى القانون المدنى ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فتجرى شروط عقد العمل بينهما وفقا لما تم الاتفاق عليه بصرف النظر عما تحمله من جور وما تنطوى عليه من استغلال : ولما قامت النهضة الصناعية الحديثة وظهر الانتاج الـكبير ترتب على ذلك أن وجدت قوى جديدة تتمثل فى أرباب الأعمال والشركات الـكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة اقتصادية أن تفرض شروطها الجائرة على العمال ، ولم يكن فى وسع هؤلاء أن يناقشوا هذه الشروط ، بل كان لابد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة كى يحصلوا على قوت يومهم . وكان طبيعيا أن يؤدى هذا إلى زيادة اختلال التوازن فى عقد العمل ، فظهر رد الفعل من جانب العمال الذين تكونت منهم طبقة اجتماعية جديدة لها وزنها وقوتها ، وظهرت معها الأفكار الاشتراكية الجديدة تنادى بتدخل الدولة لحماية

الطرف الضعيف فى العقد ، حتى لاتظل حرية التعاقد أداة فى يد الأقوياء للتحكم فى الضعفاء واستغلالهم .

وعلى أثر ذلك نشطت حركة التشريع فى أغلب البلاد لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال على نحو يكفل الحماية للطبقة العاملة . وأدى هذا إلى أن أصبح قانون العمل فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص .

ولم تنشط حركة التشريع فى هذا الشأن فى مصر إلا قبيل الحرب العالمية الثانية حينما بدأت الصناعة تنتشر وأخذ يزداد عدد العمال تبعا لذلك . فصدرت قوانين خاصة تنظم عقد العمل الفردى ، وساعات العمل ، وإصابات العمل . كما صدرت قوانين تنظم علاقات العمل الجماعية ، فنظمت نقابات العمال ، وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتحكيم فى منازعات العمل . ثم استبدل الشارع بهذه القوانين جميعا قانونا موحدا نظم به جميع علاقات العمل سواء كانت فردية أو جماعية ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . كما أصدر قانونا للتأمينات الإجتماعية هو القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث بدأ تطبيق هذا القانون بالنسبة إلى العمال ، ثم أخذ يمتد تطبيقه بعد ذلك إلى طوائف أخرى .

٤٣ — القانون الزراعى :

القانون الزراعى هو مجموعة القواعد التى تنظم الملكية الزراعية ، والاستغلال الزراعى .

وهو فرع حديث النشأة . فقد صدرت تشريعات زراعية فى كثير من الدول الغربية جمعت أحكامها فى مدونات ، بحيث أصبح لها من الاستقلال ما جعل منها فرعا قائما بذاته .

أما فى مصر فلم تنشط حركة التشريع فى هذا الشأن إلا على أثر قيام ثورة ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ . حيث اتجه الشارع منذ بداية الثورة ، وفى ضوء النظام الاشتراكى الجديد ، إلى الحد من الملكية الزراعية وتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وتدعيم التعاون الزراعى . وذلك بغية توسيع نطاق الملكية الزراعية باتاحة الحق فيها لأكبر عدد من الفلاحين(١) ، ورفع مستوى المعيشة لصغار الفلاحين ، وما يتبع ذلك

---

(١) انظر الباب السابع من الميثاق الوطنى .

من تقليل الفوارق بين الطبقات . فصدر قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ ، ثم صدرت من بعده قوانين عديدة فى السنوات التالية تعدل من أحكامه وتضيف إليها . وبذلك أصبح لدينا من التشريعات الزراعية ما يجدر جمعه فى مدونة مستقلة تكون فرعا قائما بذاته .

وعلى هذا النحو فإن القانون الزراعى فى مصر ينظم الملكية الزراعية ، حيث يفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن يتملكه من الأراضى الزراعية . وينظم استغلال الأرض الزراعية ، فيفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن ينتفع به من الأراضى المملوكة لغيره ، كما يعنى بتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها . وينظم التعاون الزراعى .

٤٤ — قانون المرافعات المدنية والتجارية :

قانون المرافعات المدنيـــة والتجارية Le droit de procédure civile et cammerciale هو مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية ، وتبين الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون المدنى والقانون التجارى .

فالقانون المدنى والقانون التجارى يبينان حقوق الأشخاص وواجباتهم . أما قانون المرافعات المدنية والتجارية فينظم الإجراءات التى تتخذ لحماية هذه الحقوق إذا اعتدى عليها ، أو لاقتضائها إذا حصل تقصير فى أدائها أو نوزع فى وجودها . ومن ثم فكل من القانون المدنى والقانون التجارى قانون موضوعى ، بينما قانون المرافعات قانون إجرائى.

حيث يتكفل قانون المرافعات بناحيتين :

الأولى هى تنظيم السلطة القضائية . ويتضمن هذا التنظيم فريقين من القواعد : قواعد النظام القضائى ، وهى التى تبين أنواع المحاكم وتشكيلها وشروط تنصيب القضاة وحقوقهم وواجباتهم . وقواعد الاختصاص ، وهى التى تتعلق بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم بطبقاتها المختلفة .

والثانية هى بيان الإجراءات التى تتبع لحماية الحقوق واقتضائها . ويتضمن هذا البيان قواعد الاجراءات ، وهى التى تتعلق بالإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ويدخل فى هذا النطاق ما يتصل بهذه الإجراءات والأوضاع من قواعد موضوعية :

وقد أدى الجمع بين هاتين الناحيتين فى نطاق قانون المرافعات إلى اختلاف الرأى فى الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يعتبر فرعا من القانون الخاص أم يعتبر فرعا من القانون العام . فذهب رأى إلى الأعتبار الأول على أساس أن قانون المرافعات ينظم إعمال القواعد الموضوعية التى تبين حقوق الأفراد وواجباتهم . وذهب رأى آخر إلى الأعتبار الثانى استنادا إلى أن قانون المرافعات ينظم سلطة عامة هى السلطة القضائية ويبين طريقة قيامها بوظيفتها . لكننا نرجح الرأى الذى يعتبر قانون المرافعات قانونا مختلطا ، حيث تعتبر القواعد التى تنظم السلطة القضائية من القانون العام، وتعتبر قواعد الاجراءات من القانون الخاص :

ويعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية الشريعة العامة فيما يتعلق بالاجراءات التى تتبع أمام المحاكم . فحيث لا توجد قاعدة خاصة تتعلق بالاجراءات التى تتبع فى خصوص مسألة معينة أمام المحاكم الجنائية أو الإدارية، فإن قواعد الاجراءات فى قانون المرافعات هى التى تطبق :

وقد وضع أول تقنين مصرى للمرافعات المدنية والتجارية فى سنة ١٨٧٥ لكى تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غراره فى سنة ١٨٨٣ لكى تطبقه المحاكم الوطنية ، ثم وحد التقنين المصرى عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحا شاملا ، فصدر فى ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٩ وبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ :

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة أهمها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية، والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض.

والمحاكم المدنية أحد فرعى جهة القضاء العادى . وتشمل المحاكم الجزئية ، والمحاكم الابتدائية ، ومحاكم الاستئناف . وعلى رأسها جميعا محكمة النقض .

٤٥ — النظام القضائى :

رأينا بهذه المناسبة أن نعرض للنظام القضائى جملة من حيث جهاته وأنواعه وطبقات المحاكم التى تدخل فى كل جهة .

فهناك جهتان للقضاء فى مصر :

الأولى جهة القضاء العادى ، وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، ويشمل اختصاصها المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وتنقسم هذه الجهة إلى فرعين :

الأول يشمل المحاكم المدنية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الجزئية ، ثم المحاكم الابتدائية ، ثم محاكم الاستئناف .

والثانى يشمل المحاكم الجنائية أو الجزائية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها محاكم المخالفات والجنح ، ثم محاكم الجنح المستأنفة ، ثم محاكم الجنايات .

وعلى رأس هذه المحاكم جميعها ، سواء كانت مدنية أو جنائية ، توجد محكمة النقض .

والثانية جهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، ويشمل اختصاصها المواد الإدارية . وتشمل ثلاثة أنواع من المحاكم الإدارية كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الإدارية ، ثم محكمة القضاء الإدارى ، ثم المحكمة الإدارية العليا .

وهناك محكمة تنازع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والقضاء الإدارى .

٤٦ — القانون الدولى الخاص :

القانون الدولى الخاص Le droit international privé هو مجموعة القواعد التى تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبى .

ويراد بالعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى تلك التى تدخل فى نطاق القانون الخاص ويكون أحد عناصرها متصلا بدولة أجنبية . وعناصر العلاقة ثلاثة ، هى أشخاصها وموضوعها والواقعة المنشئة لها . فمثلا إذا كان أحد طرفى العلاقة أو كلاهما أجنبيا ، أو كان موضوعها عقارا موجودا فى بلد أجنبى ، أو كان مصدرها تصرفا أبرم فى الخارج ، كانت العلاقة ذات عنصر أجنبى .

فإذا تزوج وطنى من أجنبية ، وقام بينهما نزاع فى شأن الزواج ، فهل تكون المحاكم المختصة هى المحاكم الوطنية أم المحاكم الأجنبية ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم

الوطنية ، فهل يطبق القانون الوطنى باعتباره قانون جنسية الزوج أم يطبق القانون الأجنبى باعتباره قانون جنسية الزوجة ؟

وإذا باع ألمانى إلى مصرى عقارا موجودا فى إيطاليا بمقتضى عقد أبرم فى فرنسا، وقام نزاع فى شأن هذا البيع ، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم الألمانية أم المصرية أم الإيطالية أم الفرنسية ؟ وإذا ثبت الأختصاص لإحداها ، فهل يطبق القانون الألمانى باعتباره قانون جنسية البائع أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشترى أم القانون الإيطالى باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الفرنسى باعتباره قانون الدولة التى إبرم فيها العقد ؟

فنى مثل هذه الأحوال يتكفل القانون الدولى الخاص بالإجابة على مسألتين :

الأولى هى تعيين المحكمة المختصة . حيث يعنى هذا القانون بحل التنازع على الاختصاص القضائى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى . وهى تقتصر على بيان ما إذا كانت المحاكم الوطنية هى المحاكم المختصة أم لا . بحيث أنه فى حالة ما إذا كانت هذه المحاكم غير مختصة ، فإن تلك القواعد لا تتكفل ببيان المحاكم الأجنبية المختصة .

والثانية هى بيان القانون الواجب التطبيق : حيث يعنى القانون الدولى الخاص بحل التنازع على الاختصاص التشريعى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، أو قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أوقواعد الاسناد . وقد لوحظ فى هذه التسمية أن تلك القواعد لا تتضمن الحل الموضوعى الذى يطبق على النزاع للفصل فيه ، وإنما تقتصر فحسب على الاسناد فى شأن بيان هذا الحل إلى قانون معين ، وهذا القانون هو الذى يقدم الحل الذى يفصل فى النزاع بمقتضاه . فمثلا إذا أشارت هذه القواعد بأن القانون الفرنسى هو الذى يطبق على النزاع فإن دورها ينتهى عند هذا الحد ، ثم تتبين بعد ذلك القاعدة الموضوعية الواردة فى القانون الفرنسى فى شأن هذا النزاع للفصل فيه :

ومن أمثلة قواعد الأسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ مدنى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . وما تنص

عليه المادة ١/١٧ مدنى من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف قبل موته » ؛ وما تنص عليه المادة ١٨ مدنى من أنه « يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يختص بالعقار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ مدنى من أن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه » .

وإذا كان القانون الدولى الخاص يتناول أساسا موضوعى تنازع الاختصاص القضائى ، وتنازع القوانين ، فإن كثيرا من الفقهاء يدخلون فى نطاقه موضوعات أخرى ثلاثة باعتبارها مسائل أولية قد تساهم فى تعيين الاختصاص القضائى أو التشريعى : الأول هو الجنسية ، وهى علاقة تبعية الفرد للدولة . والثانى هو الموطن ، وهو علاقة الفرد بالدولة نتيجة إقامته فيها . والثالث هو مركز الأجانب ، وهو ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق أو يتحملوه من تكاليف فى الدولة التى يوجدون على أرضها ؛ وهذا هو الاتجاه المأخوذ به فى مصر .

وهناك خلاف فى الفقه حول ما إذا كان القانون الدولى الخاص فرعا من القانون الخاص أم فرعا من القانون العام . ولكنا نرجح النظر الذى يذهب إلى أنه قانون مختلط. فقواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين تدخل فى نطاق القانون الخاص . أما الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، فهذه كلها أمور تتصل بحق السياده فى الدولة ، ومن ثم فإنها تدخل فى نطاق القانون العام .

ويلاحظ أن القانون الدولى الخاص ، رغم تسميته بالقانون الدولى ، هو فى الواقع من الأمر قانون وطنى. فلكل دولة فى هذا الخصوص قواعد تطبقها محاكمها كما تطبق أى قانون داخلى ، وقد تختلف هذه القواعد فى بعض نواحيها عن القواعد المطبقة فى الدول الأخرى.

ومصادر القانون الدولى الخاص هى القواعد التشريعية الوطنية ، والمعاهدات الدولية ، والعرف ، والمبادئ السائدة فى الفقه وفى كثير من الدول .

وفيما يتعلق بالقواعد التشريعية المصرية نجد بعضها فى التقنين المدنى خاصا بتنازع القوانين ، وبعضها فى تقنين المرافعات خاصا بتنازع الاختصاص ، كما أن هناك قانونا للجنسية ، وقوانين أخرى تنظم الموطن ومركز الأجانب .

الفصل الثانى

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٤٧ – تنوع القواعد القانونية بحسب سلطان إرادة الأفراد إزاءها

يوجه القانون نشاط الأفراد على نحو تتحقق به مصالحهم وتراعى فيه فى ذات الوقت مقتضيات الصالح العام للمجتمع . وفى ضوء هذا الاعتبار فإن القانون لايخول الأفراد حرية مطلقة فى مزاولة نشاطهم ، ولا يسلبهم حريتهم تماما ، وإنما يقيد هذه الحرية بالقدر الذى يقتضيه الصالح العام .

ففى نطاق معين من نظام المجتمع يفرض القانون سلطانه ، فلا يترك مجالا لحرية الأفراد ، بحيث يحرم عليهم أى نشاط يتعارض مع مايأمر به . وفى نطاق آخر يترك القانون مجالا لحرية الأفراد ، فيكون لهم أن يوجهوا نشاطهم على النحو الذى يروق لهم .

وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة . ففى المجال الذى ينعدم فيه سلطان إرادة الأفراد تكون القاعدة آمرة ، وفى المجال الذى تكون هذه الإرادة فيه حرة فى تنظيم العلاقات القانونية تكون القاعدة مكملة .

٤٨ – القواعد الآمرة :

القاعدة الآمرة la règle imperative هى التى لاتجوز مخالفة حكمها . إذ أنها تتناول أمورا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يحرص الشارع على عدم المساس بها محافظة على النظام العام الذى يقوم عليه المجتمع ، ومن ثم لايباح للأفراد أن يتخذوا سلوكا يتعارض مع الحكم الذى تقرره .

فالقاعدة التى تحرم القتل أو السرقة قاعدة آمرة لايجوز الخروج عليها أو الاتفاق

على مايخالفها . إذ أن ضرر الجريمة لايقتصر على المجنى عليه وأفراد أسرته، بل يمتد إلى المجتمع بأسره لما تؤدى إليه الجريمة من إخلال بالأمن وزوال الطمأنينة من النفوس .

والقاعدة التى تفرض الخدمة العسكرية قاعدة آمرة لأن هذه الخدمة تكليف ضرورى للدفاع عن كيان الوطن وحفظ الأمن فيه .

والقاعدة التى تفرض حداً أقصى لسعر الفائدة قاعدة آمرة، لأنها تحمى الضعيف وتحارب الاستغلال غير المشروع .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها آمرة هى مجرد اصطلاح أريد به المعنى الذى ذكرناه ، وهو أن مخالفتها لاتجوز . إذ الواقع أن كل القواعد القانونية ، سواء سميت آمرة أو مكملة ، إنما تتضمن الأمر بسلوك معين . وهذا الأمر قد يقع فى صورة أمر أو نهى أو إباحة . ولذلك فإن ماذهب إليه بعض الفقهاء من تسمية القواعد الآمرة بأنها قواعد آمرة أو ناهية ليس من شأنه أن يضيف شيئا فى الدلالة على المعنى الاصطلاحى المذكور .

٤٩ – القواعد المكملة :

القاعدة المكملة la règle supplétive هى التى يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها . فهى تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى مايخالف الحكم الذى تقرره . إذ أنها تعالج مسائل لاتتصل بكيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فلا يقتضى النظام العام للمجتمع أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره ، ومن ثم يباح للأفراد أن ينظموها على النحو الذى يرتضونه .

وإذا كان لإرادة الأفراد هذا السلطان فيما يتعلق بتنظيم تلك المسائل فثمة اعتبارات دعت مع ذلك إلى أن يعنى القانون بتنظيمها . ذلك أنه كثيرا مايحصل أن يتفق الطرفان فى العقد على المسائل الجوهرية ويتركان ماعدا ذلك من تفصيلات . كأن يتفق المتعاقدان فى عقد البيع على الشىء المبيع ومقدار الثمن والمسائل الأخرى التى كانت ذات أهمية فى نظرهما عند إبرام العقد ، ولكنهما يغفلان ماعدا ذلك من تفصيلات، كتحديد ميعاد

تسليم المبيع ومكانه أو ميعاد دفع الثمن ومكانه أو بيان من يتحمل منهما مصاريف العقد إلى غير ذلك من أمور لم تكن محل اعتبارهما عند التعاقد . فنى مثل هذه الحالة تظهر الحاجة إلى وضع قواعد قانونية تسرى فى شأن هذه الأمور ، وهى القواعد المكملة .

ويتضح من هذا أن الشارع فيما يورده من قواعد فى هذا الشأن إنما يهدف إلى وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . حيث يتعلق الأمر بمسائل تخضع لسلطان إرادة الأفراد ، فإن اتفق المتعاقدان على تنظيم معين فى هذا النطاق سرى بينهما مايقضى به الاتفاق ، وإذا خلا اتفاقهما من تنظيم لمسألة أو أكثر من هذه المسائل انطبقت القواعد التى أوردها الشارع فى هذا الشأن ، فهى من هذا قواعد تكمل إرادة المتعاقدين .

ولهذا آثرنا أن نقف عند تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة ، ولم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من الفقهاء من تسميتها بالقواعد المفسرة على أساس أنها تفسر العقد عند غموضه . إذ أن القواعد المكملة لا تنطبق إلا حيث لا تكون هناك إرادة قد اتجهت إلى تنظيم يخالف حكمها ، فإذا كانت هناك إرادة ولكنها غامضة فإن تفسيرها يكون أمرا مستقلا عن هذه القواعد. كذلك لم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من هؤلاء من تسميتها بالقواعد المقررة على أساس أنها تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتهما عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها. إذ أن القواعد المكملة تمثل إرادة الشارع لا إرادة الأفراد . وإذا كان الشارع يهتدى فى وضعها بالعرف والعادات السائدة فى التعامل فإن هذا لا يعنى افتراض إرادة غير موجودة ، حيث تنطبق هذه القواعد فى حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانها .

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و٤٥٧ مدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيهما المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . حيث يكون للطرفين فى عقد البيع أن يتفقا على المكان والوقت اللذين يدفع فيهما الثمن ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ولم يكن هناك عرف فى هذا الشأن انطبقت القاعدة الواردة فى هذين النصين باعتبارها قاعدة مكملة .

ومن الأمثلة كذلك ما تنص عليه المادة ٥٦٧ / ١ مدنى من أن على المؤجر أن يقوم

فى العين المؤجرة أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية ، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك. فيكون للطرفين فى عقد الإيجار أن يتفقا على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق التزم المؤجر بتلك الترميمات وفقا للقاعدة الواردة فى النص باعتبارها قاعدة مكملة .

ويلاحظ أن جواز الاتفاق على مايخالف حكم القاعدة المكملة لايقدح فيما لها من صفة الإلزام الواجب توافرها لكل قاعدة قانونية .

وقد ذهب بعض الفقهاء فى سبيل التدليل على ذلك إلى أن القاعدة المكملة تكون اختيارية ابتداء ولكنها تصبح ملزمة انتهاء ، بمعنى أنها تكون غير ملزمة قبل اتفاق الطرفين ، ثم تصير ملزمة فى حالة ماإذا تم الاتفاق دون أن يرد فيه مايخالف حكمها . وهذا القول لايمكن التسليم به . فالقاعدة لاتكون قانونية إلا من الوقت الذى يتوفر لها فيه عنصر الإلزام . وليس من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ قاعدة قانونية ، ثم تصبح ملزمة بعد تمامه فتصير فى هذا الوقت قاعدة قانونية ، مع أنها فى ذاتها لم تتغير . فالصحيح أن القاعدة القانونية يتوفر لها صفة الإلزام من وقت وضعها ، وهذا هو شأن القاعدة المكملة والقاعدة الآمرة على حد سواء .

وحقيقة الأمر أن أية قاعدة قانونية لاتنطبق إلا إذا توافرت الشروط التى يتطلبها القانون لذلك. ويشترط لانطباق القاعدة المكملة ألا يوجد اتفاق على خلاف الحكم الذى تقرره . فعدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة . فإذا وجد هذا الاتفاق لاتنطبق القاعدة المكملة ، لالكونها غير ملزمة ، ولكن لأن شرط سريانها لم يتوفر .

٥٠ — معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة :

رأينا أن القاعدة الآمرة تتناول أمورا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يرمى الشارع من ورائها إلى المحافظة على النظام العام الذى يقوم عليه المجتمع . أما القاعدة المكملة فتنظم مسائل خاصة لاتعنى المجتمع فى مجموعه ، بل تتعلق بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية .

ومن ثم يكون معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو موقف القاعدة من النظام العام والآداب فى المجتمع . فحيث يراد المحافظة على النظام العام للمجتمع أو حماية الآداب فيه تكون القاعدة آمرة . وحيث لايكون الغرض المقصود هو المحافظة على النظام العام أو حماية الآداب ، وإنما يتعلق الأمر بتنظيم مصالح خاصة للأفراد ، تكون القاعدة مكملة .

وقد نص القانون على هذا المعيار صراحة فى المادتين ١٣٥ و١٣٦ مدنى ، حيث تقضيان بأنه إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وهناك حالات تتضح فيها تلك التفرقة من عبارة القاعدة ذاتها ، وذلك حين تدل هذه العبارة صراحة أو ضمنا على نوع القاعدة . غير أن كثيرا من القواعد القانونية لاتفصح عبارته عن نوع القاعدة ، وفى هذه الحالة يتعين الوقوف على مدى صلة القاعدة بالنظام العام أو الآداب لمعرفة ما إذا كانت آمرة أو مكملة .

فهذان طريقان للتعرف على نوع القاعدة القانونية . ولذلك نتبين فيما يلى كيفية هذا التعرف من عبارة القاعدة ذاتها ، ثم نوضح فكرة النظام العام والآداب ونذكر تطبيقاتها .

٥١ — دلالة العبارة على نوع القاعدة :

تكون العبارة دالة على نوع القاعدة إذا اتضح منها صراحة أو ضمنا ماإذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة .

كأن تنص القاعدة على عدم جواز أمر معين أو بطلانه . أو تنص على عدم جواز الاتفاق على مايخالف حكمها أو على بطلان هذا الاتفاق . إذ يدل كل هذا على أن القاعدة آمرة .

وكأن تنص القاعدة على جواز الاتفاق على مايخالف حكمها . إذ يدل هذا على أن القاعدة مكملة .

ومن أمثلة القواعد التى تدل عبارتها على أنها قواعد آمرة مايأتى :

١ — فمن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لايجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لابأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان العقد باطلا » .

٢ — وما تنص عليه المادة ١٣١/٢ مدنى من أن « التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

٣ — وماتنص عليه المادة ١٤٧/٢ مدنى من أنه فى حالة الظروف الطارئة يجوز للقاضى « أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

٤ — وما تنص عليه المادة ٢٢٧/١ مدنى من جواز اتفاق المتعاقدين على سعر للفوائد بشرط ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » .

ومن أمثلة القواعد التى تدل عبارتها على أنها قواعد مكملة ما يأتى :

١ — فمن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٣٤٨ مدنى من أنه « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٢ — وما تنص عليه المادة ٤٠٠/١ مدنى من أنه « فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلاتجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٣ — وما تنص عليه المادة ٤٦٢ مدنى من أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

٤ — وما تنص عليه المادة ٥٦٧ مدنى من أن على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، ويقوم بجميع الترميمات الضرورية ، ويتحمل الضرائب والتكاليف المستحقة على العين . حيث تقول فى نهايتها : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

٥٢ – النظام العام والآداب :

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد . ويمكن أن يقال فى شىء من التعميم والتقريب إن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية : فقواعد النظام العام هى تلك التى يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسى للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية . ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام، حتى لو كان فى ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا .

والآداب هى مجموعة القواعد الخلقية التى تدين بها الجماعة فى بيئة معينة وعصر معين . فهى بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام . وليس يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق ، وإنما يقصد بها قدرا من هذه القواعد يمثل الأصول الأساسية للأخلاق فى الجماعة . فهى عبارة عن الحد الأدنى من القواعد الخلقية التى تعتبر لازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال ، بحيث يفرض على الجميع احترامها وعدم المساس بها .

وهذه الفكرة بشقيها فكرة نسبية متطورة ، إذ تختلف باختلاف الفكرة السائدة فى كل بيئة وفى كل عصر . فكثير من ضروب التعامل التى كانت تعتبر صحيحة فى الماضى بل وإلى عهد قريب ، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام فى ظل التنظيمات الحديثة التى تدخل فيها الشارع بنصوص آمرة لاتجوز مخالفتها . والرق الذى كان مباحا من قبل أصبح اليوم مخالفا للنظام العام . والتأمين على الحياة الذى كان مستهجنا لمخالفته للآداب أصبح اليوم مقبولا . وكذلك الحال بالنسبة إلى الوساطة فى الزواج .

وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة فى المجتمع . فهى تنحصر فى أضيق الحدود فى ظل المذاهب الفردية التى تسرف فى الاعتداد بحرية الفرد وتغفل الصالح العام للمجموع ، بينما تتسع فى ظل المبادئ الاشتراكية التى تضع

مصلحة المجموع فى المقام الأول وتضحى فى سبيلها بالمصلحة الفردية. ولهذا فحيث يسود المذهب الفردى يعظم سلطان إرادة الأفراد ، فتكون القواعد الآمرة التى تقيد من هذا السلطان قليلة . أما حيث يسود المذهب الاشتراكى فيضعف سلطان الإرادة، إذ تكثر القواعد الآمرة التى تحد من هذا السلطان نتيجة لتدخل الدولة .

وإذ كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور ، فإنها تعتبر المنفذ الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانونى ، كى تلائم بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين . وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور ، تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا النطاق ، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيد بالنظم والآداب السائدة فى المجتمع ؛ فلا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة ، وإنما يراعى ما تدين به الجماعة . ومن ثم كان الفصل فيما إذا كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

٥٣ — تطبيقات النظام العام فى نطاق القانون العام :

ينظر فى تنظيم الروابط التى يعنى بها القانون العام إلى المصلحة العامة دائما . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يتعارض مع قاعدة من قواعد هذا القانون .

ففى القانون الدستورى يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق التى نظمها هذا القانون والحريات العامة التى كفلها ، كحق الترشيح والانتخاب ، والحرية الشخصية ، وحرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة . فمثلا لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا لمخالفته للنظام العام. ولا يجوز لأحد أن ينزل عن حريته الشخصية (م ٤٩ مدنى) . وإذا تعهد شخص بألا يتزوج مطلقا كان هذا التعهد باطلا، إلا إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد موته

كى تعنى بتربية أولادها ، وإذا نقضت الزوجة هذا التعهد فلا يكون الجزاء هو بطلان الزواج ، بل يكون التعويض ، والغالب أن يكون الجزاء حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التى أعطيت له على أساس التعهد . ومن الصور العملية الكثيرة الوقوع الاتفاقات التى تقيد من حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وعقود العمل . فى عقد بيع المتجر قد يشترط المشترى على البائع أن يمتنع عن مباشرة التجارة التى يتناولها العقد ، وفى عقد العمل قد يشترط صاحب العمل على من يستخدمه ألا يلتحق بعمل مماثل بعد انتهاء العقد كى يأمن على أسرار صناعته من أن يستغلها المستخدم فى منافسته . وقد كان القضاء يبطل هذا الشرط لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقا غير محدود بزمان أو مكان ، ويعتبره صحيحا إذا جاء مقيدا بزمان معين أو بمكان معين ، ولكنه الآن يميل إلى اتخاذ معيار آخر قوامه أن يكون الشرط معقولا لاتعسف فيه بصرف النظر عما إذا كان مقيدا بزمان ومكان أو لم يكن مقيدا بشىء من ذلك . فتكون العبرة بكون الشرط لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة ، إذ أنه حينئذ يكون صحيحا حتى لو جاء مطلقا من كل قيد فى الزمان وفى المكان (راجع فيما يتعلق بهذا الشرط فى عقد العمل المادتين ٦٨٦ و ٦٨٧ مدنى) .

وفى القانون الإدارى يعتبر من النظام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك من المسائل التى ينظمها هذا القانون . فمثلا لايجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر . وإذا اتفق شخص مع وسيط على مبلغ من المال يتقاضاه هذا الأخير فى مقابل سعيه لحصول الأول على وظيفة أو امتياز لمرفق عام أو مقاولة يقوم بها لحساب الحكومة ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا لمخالفته للنظام العام .

وفى القانون المالى تعتبر القوانين التى تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تحدد سعر العملة من النظام العام . فكل اتفاق خاص ينطوى على مساس بالقواعد التى تقررها هذه القوانين يقع باطلا . فمثلا إذا اتفق البائع والمشترى فى عقد بيع عقار على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقى للهروب من دفع رسوم التسجيل كاملة كانت العبرة بالثمن الحقيقى وليست بالثمن الصورى المذكور فى العقد . وإذا اتفق على أن يتحمل الضريبة شخص لايلتزم بها قانونا فإن هذا الإتفاق لايعفى الشخص الملزم قانونا بدفع هذه الضريبة . فإذا

كان من الجائز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن يتولى هذا الأخير دفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة فإن المؤجر يبقى مع ذلك ملزما بأداء هذه الضريبة إذا لم يقم المستأجر بدفعها . وإذا فرض القانون سعرا إلزاميا للعملة الورقية وقع شرط الدفع بالذهب باطلا .

وفى القانون الجنائى يكون باطلا كل اتفاق ينطوى على مخالفة لقواعد هذا القانون ، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام : فإذا اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال وقع هذا الاتفاق باطلا . وإذا تعهد شخص لآخر بأن يتحمل عنه العقوبة التى يحكم بها عليه كان هذا التعهد باطلا . ولايجوز الاتفاق على خلق جريمة لاينص عليها القانون ، كما إذا اتفق الدائن مع المدين فى عقد القرض على اعتبار عدم الوفاء بالدين تبديدا ، لأن عقد القرض لايدخل فى عداد العقود التى تتحقق فيها هذه الجريمة .

٥٤ — تطبيقات النظام العام فى نطاق القانون الخاص :

تتعلق قواعد القانون الخاص إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية :

فالأحوال الشخصية تتصل أغلبية قواعدها بالنظام العام لأنه يقصد بها تحقيق مصلحة عامة . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يعدل من أحكام حالة الشخص المدنية أو أهليته أو علاقته بأفراد أسرته . فلايصح الاتفاق بين شخص وآخر على تعديل الجنسية أو تغيير الاسم أو المساس بالنسب . ولا يجوز النزول عن الأهلية أو التعديل فى أحكامها (م٤٨ مدنى) . ولايجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على ولده فى التربية ، ولا حقوق الزوج على زوجته فى الطاعة والأمانة ، ولا حقوق الزوجة على زوجها فى النفقة والرعاية . ولا يحق للزوج المسلم أن ينزل عن حقه فى الطلاق . والنفقات الواجبة شرعا لايصح النزول مقدما عن الحق فى المطالبة بها ، إنما يصح النزول عن النفقة بعد تجمدها لأن الحق حينئذ يصبح حقا ماليا صرفا . وكل مايتعلق من الأحوال الشخصية بالنظام العام لايجوز الصلح فيه (م ٥٥١ مدنى) .

والمعاملات المالية أغلبية قواعدها لا تتعلق بالنظام العام ، لأنها قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها . غير أن هناك طائفة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام. وهى على وجه الإجمال القواعد التى يراد بها كفالة حق الشخص فى التصرف فى ملكه واستثماره ، والقواعد التى تحمى الغير حسن النية وتناهض الغش، والقواعد التى تحقق الحماية للطرف الضعيف فى العقد . فلا يجوز تقييد حق المالك فى التصرف فى ملكه واستثماره على خير وجه . وتطبيقا لهذا لا يصح شرط المنع من التصرف مالم يكن مبينا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة (م ٨٢٣ مدنى) . كما لا يصح الاتفاق على بقاء الملك فى الشيوع إلا لمدة أقصاها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) . ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد التى تحمى الغير حسن النية وتناهض الغش ، كما لو اتفق على عدم شهر تصرف يوجب القانون شهره ، أو نزل الدائن مقدما عن الطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البولصية أو بالصورية ، أو اتفق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أو من المسئولية العقدية فى حالتى الغش والخطأ الجسيم . ولا يصح الاتفاق على ما يخالف الأحكام التى تكفل حماية الطرف الضعيف فى العقد ، كتلك التى وردت فى شأن الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) وعقود الإذعان (م ١٤٩ مدنى) والحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدنى) والشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى) وسعر الفائدة (٢٢٧ مدنى) .

وفاضلا عن ذلك فانه يلاحظ ماسبق أن ذكرناه من أن انتشار الفكرة الاشتراكية فى الوقت الحاضر جعل الشارع يتدخل على نطاق واسع فى تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، كما فعل فى عقد العمل وعقد الإيجار . ويضاف إلى هذا تحديد ما يستطيع الشخص أن يتملكه من الأطيان الزراعية والتسعير الجبرى للسلع . وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد التى تتعلق بالنظام العام فى ازدياد مستمر .

٥٥ — تطبيقات الآداب :

يقع باطلا كل اتفاق يخالف الآداب . ومن هذا القبيل الاتفاق الذى يراد منه حصول الشخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به ، كأن يتعهد شخص برد ما سرقه فى مقابل أجر يأخذه ، أو يتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر . ومن هذا القبيل أيضا الاتفاق الذى يقصد به الخديعة والإخلال بواجب الأمانة فى التعامل ، كأن تتفق شركة التأمين مع المؤمن له على ألا يعترف بمسئوليته . وقد كان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة يستأجرهم للتصفيق لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور ، ولكنه أصبح الآن يقضى بصحته لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين .

ومن التطبيقات الهامة فى هذا الخصوص الاتفاقات التى تتعلق بالعلاقات الجنسية وبيوت البغاء والمقامرة .

فكل اتفاق يراد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يقع باطلا لمخالفته للآداب. أما إذا تعهد شخص بمال لامرأة على سبيل التعويض مما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فإن هذا التعهد يكون صحيحا .

ويكون باطلا كل اتفاق يتعلق ببيوت البغاء ، حتى لو حصلت هذه البيوت على ترخيص إدارى . فبيع بيت للبغاء ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، وكل ما يتصل به غير ذلك يقع باطلا .

والاتفاق الخاص بمقامرة أو رهان يكون باطلا ، كبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يتصل غير ذلك باستغلاله . وكذلك إقراض المقامر مالا كى يتمكن من المقامرة أو الاستمرار فيها . وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وجعل لمن خسر أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره (م ٧٣٩ مدنى) . واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية ، وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه ، كما استثنى أيضا مارخص به قانونا من أوراق النصيب (م ٧٤٠ مدنى) .

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٥٦ – المقصود بمصادر القانون بوجه عام :

يساهم فى تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية أو الموضوعية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية .

فالمصادر المادية أو الموضوعية هى التى تستمد منها مادة القاعدة أو مضمونها . فهى تبين العوامل التى ساهمت فى تكوين مادة القاعدة أو مضمونها . وهذه تدخل فيها العوامل الطبيعية والاقتصادية ، كما تدخل العوامل الاجتماعية كالبيئة والدين والتقاليد .

والمصادر الرسمية أو الشكلية هى الوسائل التى تخرج بها القاعدة القانونية للناس فتصبح ملزمة للمخاطبين بها . وقد أطلق عليها وصف الرسمية لأنها الطرق المعتمدة التى تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة الإلزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجى الذى تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة .

فإذا وضعت قاعدة تشريعية كانت العوامل التى أملت على الشارع حكمها هى مصدرها المادى ، وكان التشريع مصدرها الرسمى .

ويدخل فى نطاق المصادر الرسمية مايقال له المصدر التاريخى . فهو عبارة عن الأصل التاريخى الذى أخذ منه مضمون القاعدة . فمثلا يعتبر القانون الرومانى مصدرا تاريخيا لكثير من قواعد التقنين المدنى الفرنسى . كما يعتبر القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية والقانون الألمانى مصادر تاريخية لكثير من قواعد التقنين المدنى المصرى .

كما يدخل فى هذا النطاق المصادر التفسيرية . ويراد بالمصدر التفسيرى المرجع الذى يساعد على تجلية مافى القاعدة من غموض ، وتوضيح مافيها من إبهام . والمصادر التفسيرية

اثنان ، هما الفقه والقضاء . فهما يتضافران على تفسير القواعد القانونية بحيث تتضح أحكامها ، وكثيرا مايصلان فى هذا التفسير إلى جعل القانون متمشيا مع التطورات الجديدة فى الحياة الاجتماعية .

٥٧ – تنوع المصادر الرسمية للقانون بوجه عام وتفاوتها في الأهمية تبعا للتطور :

كان العرف هو أول مصدر رسمى للقانون ظهر فى تاريخ المجتمع البشرى . ويراد به اعتياد الناس على سلوك معين فى ناحية من نواحى حياتهم الاجتماعيه بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . فهو الطريق الطبيعى الذى توحى به الفطرة للوصول إلى قواعد تنظم الحياة فى المجتمع . ولذلك كان ملائما وكافيا لتلبية حاجات المجتمعات البدائية .

ثم ظهر الدين ، فأصبح مصدرا رسميا لكثير من القواعد القانونية . وكان دوره فى المجتمعات القديمة أكبر منه فى المجمعات الحديثة . فكلما تقدم الزمن تضاءل دور الدين كمصدر رسمى ، وأصبح مصدرا ماديا لفريق من القواعد التشريعية يستمد الشارع أحكامها منه .

ولما سارت المجتمعات فى طريق التقدم وازاد النشاط فيها وتشعبت الروابط بين أفرادها أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بحاجتها إلى القواعد التى تنظم الحياة فيها . فهو مصدر بطىء لايستجيب لمطالب المجتمعات الحديثة على كثرتها وتجددها وما يقتضيه تنظيمها من سرعة وإحكام . ولذلك ظهر التشريع كوسيلة لابد منها لتلبية هذه المطالب. حيث تقوم بوضع قواعده سلطة مختصة ، وتتولى الدولة فرض هذه القواعد بما لديها من قوة وسلطان . فهو أداة تمتاز بالسهولة والسرعة فى الوفاء بحاجات المجتمع وتطوره بقواعد يتوفر لها من الوضوح والاحكام مايساعد على استقرار المعاملات . ولذلك فبعد أن كان العرف أهم المصادر الرسمية للقانون فى المجتمعات القديمة ، أصبح التشريع أهم هذه المصادر فى أغلب القوانين الحديثة ، وبقى العرف مصدرا احتياطيا .

وقيل إن القاضى فى بلد من البلاد ، حينما تعوزه قاعدة فى التشريع أو العرف ،

يطبق مبادئ القانون الطبيعي باعتباره مصدرا للقانون فى هذه الحالة ، وسنرى فيما بعد حقيقة المراد من ذلك .

وكان الفقه والقضاء مصدرين رسميين للقانون فى بعض الشرائع القديمة . ويعتبر الفقه فى القوانين الحديثة مجرد مصدر تفسيرى يرجع إليه للاستئناس فحسب . كما يعتبر القضاء مصدرا تفسيريا فى أغلب القوانين الحديثة . أى فيما عدا القانون الإنجليزى وما ينهج نهجه من قوانين الدول الانجلوسكسونيه ، إذ مازالت السوابق القضائية فى هذه القوانين مصدرا رسميا .

وسنعرض فيما يلى للمصادر الرسمية فى القانون المصرى ، ثم للمصادر التفسيرية .

الفصل الأول

المصادر الرسمية للقانون المصرى

٥٨ – بيان المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الأولوية فى التطبيق :

نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. ٢ – فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويعنى ورود هذا النص فى صدر الباب التمهيدى للتقنين المدنى أن يكون المقصود به بيان مصادر القانون فى فروع القانون الخاص بأسره ، إذ أن الأحكام التمهيدية فى ذلك الباب أحكام عامة يتناول تطبيقها فروع هذا القانون المختلفة(١) . حيث يعتبر القانون المدنى بمثابة الأصل بالنسبة إلى فروع القانون الخاص .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١٧٤ .

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية . فقد رأينا أن التقنين المدنى المصرى يقتصر على تنظيم المعاملات المالية ، ويترك تنظيم الأحوال الشخصية لحكم القواعد الدينية والقوانين الصادرة فى شأنها .

ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون فى مسائل المعاملات المالية ، وفقا لهذا النص ، هى التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم يجد القاضى قاعدة يطبقها على النزاع فى هذه المصادر الثلاثة وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وسنرى أن إحالة القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تعنى التجاءه إلى مصدر رسمى يستقى منه قاعدة بالمعنى الصحيح ، وإنما تعنى اجتهاده لكى يصل إلى حل للنزاع المعروض عليه .

ويجب على القاضى فى التجائه إلى هذه المصادر أن يراعى ما بينها من أولوية بحسب الترتيب المذكور فى النص. فهو يلجأ أولا إلى التشريع باعتباره المصدر الرسمى الأصلى ، ولا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة يطبقها على النزاع المعروض أو إذا أحال هو على مصدر منها . ولهذا تعتبر جميع المصادر الأخرى بالنسبة إلى التشريع مصادر احتياطية . فإذا لم يجد قاعدة فى التشريع لجأ إلى العرف ، فإذا لم يجد قاعدة فى العرف لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد قاعدة فى هذه المبادئ حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

أما مسائل الأحوال الشخصية فالمصادر الرسمية اثنان ، هما التشريع والدين . ويلاحظ هنا أن القواعد الدينية تظفر بالنصيب الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية ؛ كما أن الفريق من هذه المسائل الذى صدرت فى شأنه قوانين خاصة قد استمدت أحكامه من الشريعة الاسلامية . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى أن يعتبر الدين مصدرا رسميا أصليا فى هذه المسائل . ولكننا مع تسليمنا بهذا الاعتبار لاحظنا أنه حيث توجد قواعد تشريعية تكون لها الأولوية فى التطبيق ، فلا يجوز العدول عنها إلى قواعد دينية قد تخالفها ، وهذا أمر يسلم به الجميع . ولهذا آثرنا أن نجعل التشريع هو المصدر الرسمى الأول فى مسائل الأحوال الشخصية إن وجد ، فإذا لم توجد قاعدة تشريعية التجأ القاضى إلى الدين .

وسنتناول فيما يلي كل مصدر من هذه المصادر ، فنبدأ بالمصدر الأصلي وهو التشريع ؛ ثم نتكلم في المصادر الاحتياطية ، وهي الدين ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الاسلامية ؛ ثم نتبين حقيقة المقصود من إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وهذا مع ملاحظة ماقلناه من أن الدين لا يأتي بعد التشريع إلا في مسائل الأحوال الشخصية ، وأن المصادر في هذه المسائل تقتصر على التشريع والدين .

الفرع الأول

المصدر الأصلي

التشريع

٥٩ — *التشريع مصدر أصلي عام . تقسيم :*

اتضح لنا مما تقدم أن التشريع أصبح أهم مصدر للقاعدة القانونية في أغلب القوانين الحديثة ؛ وبذلك أصبحت له الصدارة في هذا الشأن في القانون المصري ، فهو المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونية . ويراد بكونه مصدرا أصليا ماقلناه من أن القاضي يتعين عليه أن يلجأ إليه أولا للوصول إلى القاعدة التي تطبق على النزاع ، فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة أو إذا أحال هو على مصدر آخر ؛ ويراد بكونه مصدرا عاماً أن اختصاصه لا يقتصر على مسائل معينة ، بحيث يجب الرجوع إليه أولا في جميع المسائل إلا ما يستثنى من ذلك بالاحالة في شأنه إلى مصدر رسمي آخر . فهو من هذه الناحية يعتبر المرجع الأول سواء في مسائل المعاملات المالية أو مسائل الأحوال الشخصية التي صدرت في شأنها تشريعات خاصة . وما عداه من المصادر الرسمية لا يصدق عليه هذا الوصف أو ذاك . فالدين لايعتبر مصدرا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية ، بل هو مصدر احتياطي مادام أن فريقا من هذه المسائل قد صدرت في شأنه تشريعات خاصة ، كما أنه لا يعتبر مصدرا عاماً لأن اختصاصه يقتصر على هذه المسائل . والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية يعتبران مصدرين احتياطيين في مسائل المعاملات المالية فحسب . ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يستلهمها القاضي إلا في مسائل المعاملات المالية عندما لا يجد قاعدة في المصادر الأخرى .

ويقتضي الكلام في التشريع أن نعرض أولا لتعريفه وبيان مزاياه وعيوبه لكي

نقف على ماله من أهمية : ثم نتناول الكيفية التى يسن بها التشريع ، حيث نعرف السلطة التى تملك وضعه ، ونتبين أنواعه ، وما بين هذه الأنواع من تدرج فى القوة . ثم ندرس الإجراءات التى يتم بها نفاذ التشريع . ثم نبحث فيما قد يكون للقضاء من رقابة على صحة التشريع : وأخيرا نعرض لصورة هامة من التشريع ، هى التقنين .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

٦٠ – *تعريف* :

التشريع ، كمصدر رسمى للقانون ، هو وضع القواعد القانونية فى صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك : ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على القواعد القانونية ذاتها التى تضعها هذه السلطة : فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر ، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التى تستمد من هذا المصدر :

ويتضح من هذا التعريف أن ثمة خصائص معينة يجب توافرها فيما يعتبر تشريعا بالمعنى الصحيح :

١ — حيث يتضمن التشريع وضع قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية : فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التى تكون قاعدة سلوك مجردة وعامة . ذلك أن السلطة التشريعية لا يقتصر عملها على وضع التشريع بهذا المعنى ، فقد تصدر قرارات لاتعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح :

وعلى هذا الأساس يميز فريق من الفقهاء بين نوعين من التشريعات تصدرها السلطة التشريعية : يشمل أولهما تشريعات من حيث الشكل والموضوع معا ، وهى التشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ تتضمن قواعد مجردة وعامة . ويشمل الثانى تشريعات من حيث الشكل فحسب ، وهى عبارة عن قرارات تصدر فى خصوص شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها ، فلا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ لاتتضمن قواعد مجردة وعامة : مثل ذلك أن يصدر قرار من مجلس الأمة بربط معاش استثنائى لشخص معين

تقديرا له ، أو بالموافقة على قرض تعقده الحكومة (م ٧٢ من الدستور) ، أو باعتماد الحساب الختامى لميزانية الدولة (م ٧٩ من الدستور) ، حيث لاتعتبر هذه القرارات تشريعات من حيث الموضوع رغم صدورها من السلطة التشريعية .

٢ — ويصدر التشريع فى نصوص مكتوبة ، ولذلك يقال له القانون المكتوب ، فيعتبر مصدرا للفظ والمعنى معا ، ويتوفر له بذلك من التحديد والوضوح مايحقق الاستقرار والأمن فى المعاملات . وبذلك يتميز عن العرف الذى يقال له القانون غير المكتوب ، فيكون مصدرا للمعنى دون اللفظ ، الأمر الذى قد يحيطه بشىء من الغموض والابهام .

٣ — ويصدر التشريع من سلطة مختصة بوضعه . وسنرى فيما يلى أن هناك أنواعا مختلفة من التشريعات ، وأن السلطة التى تملك التشريع تختلف باختلاف نوع القواعد التشريعية .

٦١ — أهمية التشريع ومزاياه :

إذا نظرنا فى الجملة إلى تطور المصادر الرسمية للقانون من حيث انتشارها وأهميتها أمكننا أن نقول إن العصور القديمة هى عصور العرف والدين ، وإن العصر الحديث هو عصر التشريع . فلقد أضحى التشريع أهم مصدر فى القوانين الحديثة . حيث ساعدت على ذلك عوامل مختلفة ، فضلا عن المزايا العديدة التى تجعل للتشريع الأفضلية على جميع المصادر الأخرى .

فمن العوامل التى أدت إلى ازدياد أهمية التشريع أن الدولة فى العصر الحديث توطد سلطانها وأصبح لها من قوة القهر ما يجعلها قادرة على فرض احترام القواعد التشريعية التى تضعها . كما أن انتشار الديمقراطية أدى إلى الأخذ بمبدإ الفصل بين السلطات ، مما جعل السلطة التشريعية تنشط فى القيام بوظيفتها . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتناق المذهب الاشتراكى فى كثير من الدول جعل الدولة تتدخل فى كثير من الشئون التى كانت متروكة من قبل لنشاط الأفراد وحريتهم ، كى توجه أدوات الإنتاج لصالح الشعب وتحمى

الطرف الضعيف فى العقد وتحول دون التحكم والاستغلال ، وهذه كلها أغراض لا يمكن أن تتحقق إلا من طريق التنظيم التشريعى .

أما المزايا التى تبرر أن يتبوأ التشريع هذه المكانة فكثيرة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) سهولة سن التشريع وتعديله : فالتشريع تضعه سلطة مختصة ، وبذلك يمكن أن يتم وضع القواعد القانونية بسرعة وسهولة ، بحيث يستطيع الشارع أن يبادر إلى مواجهة الأوضاع الجديدة فى المجتمع بتنظيمات مستحدثة ، كما يكون فى وسعه أن يسارع إلى تعديل القواعد القائمة أو إلغائها إذا بدا له أنها أصبحت تتعارض مع هذه الأوضاع . وتلك ميزة تتيح للقانون أن يؤدى وظيفته على نحو يستجيب فيه لحاجات المجتمع بالسرعة التى تتفق مع تطور ضروب النشاط فيه وازدياده .

(٢) وضع التشريع فى نصوص مكتوبة : فالتشريع تضعه سلطة مختصة فى نصوص مكتوبة ، فيكون بذلك مصدرا للقاعدة القانونية فى لفظها ومعناها . وبفضل هذا تأتى القاعدة فى صياغة محكمة ، يظهر فيها دور الإرادة الواعية المدبرة ، ويتوفر لها من التحديد والضبط ما يكفل الاستقرار والثقة فى المعاملات . حيث يراعى فى الحكم الذى تقرره التوفيق بين المصالح المختلفة ، كما يسهل على الأشخاص التأكد من وجودها والتعرف منها على حقوقهم وواجباتهم .

(٣) التشريع أداة لتوحيد النظام فى الدولة : فوضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته يمكنان من إصدار تشريعات تنفذ فى كل إقليم الدولة ، وبذلك يؤدى التشريع إلى توحيد النظام فى الدولة ، فيكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية وزيادة التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة .

(٤) التشريع أداة لتطوير المجتمع : فبفضل التشريع لا تقتصر وظيفة القانون على تنظيم الحياة الاجتماعية بالصورة التى يتجه إليها نشاط الأفراد فى المجتمع . فهناك ألوان من النظم ومبادئ ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيئتهم ، ويرون فيها صلاحا لبلادهم ونهوضا بها ، ومثل هذه النظم والمبادئ لا يمكن الأخذ بها إلا من طريق التشريع . وبذلك يصبح القانون أداة لتطوير المجتمع وتوجيهه الوجهة التى تكفل له النهوض والتقدم . وآية ذلك ما نراه اليوم من تدخل الشارع على نطاق واسع فى ظل

النظام الاشتراكى الذى أخذ ينتشر فى الوقت الحاضر ، كى يزيل الفوارق بين طبقات الشعب ، ويحول دون الاستغلال والتحكم ، ويحقق تكافؤ الفرص أمام الجميع ، وهذه كلها أغراض لا يمكن الوصول إليها إلا من طريق التشريع .

٦٢ – عيوب التشريع :

يعاب على التشريع أن السلطة التى تختص بوضعه قد لا توفق فى تبين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته ، فتأتى القواعد التى تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بهذه الحاجات . بل إنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فإن صبها فى نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضفى عليها من الجمود ما يقعد بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات . فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذى يستجيب لمقتضيات التطور .

غير أن الواقع يدل على عدم سلامة هذه الملاحظة . فالغالب أن تكون السلطة التشريعية مكونة من ممثلين للشعب ، وهذا من شأنه أن يقلل من خطر وضع قواعد لا تتفق مع ظروف المجتمع وحاجاته . وإذا حصل أن جاء التشريع عند وضعه غير ملائم لظروف المجتمع ، أو أصبح كذلك نتيجة للتطور ، فإن السلطة التشريعية تبادر إلى تعديله كى يصبح متفقا مع ظروف المجتمع ومسايرا للتطور فيه .

والحقيقة أن العيوب التى تؤخذ على التشريع لا تعتبر شيئا مذكورا إلى جانب مزاياه العديدة . بل إن التشريع أصبح الأداة الضرورية التى لا غنى عنها ولا بديل لها فى تنظيم المجتمع الحديث ، حيث تشعبت مظاهر النشاط وازدادت المعاملات واتجهت إرادة التغيير إلى الأخذ بمبادئ ونظم تقود المجتمع نحو النهوض والتقدم .

وفى ضوء هذه الحقيقة كان طبيعيا أن يحتل التشريع مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون ، وأن تطغى أهميته إلى حد كبير على ما عداه من مصادر .

المبحث الثانى

سن التشريع

٦٣ – السلطة التى تملك التشريع :

يبين دستور كل دولة الهيئة التى تختص بسن التشريع ، وهى التى يقال لها السلطة التشريعية . وقد تكون هذه السلطة فردا واحدا ، كأن تكون ملكا أو حاكما مطلقا . وهى فى أغلب الدول الحديثة مجلس أو مجلسين نيابيين ،حيث ينتخبهما الشعب فينوبان عنه فى سن التشريع . وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابى بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، أو بقيامه بسن التشريع فى ظروف معينة تقتضى أن يضطلع بهذا العمل . كما أن السلطة التنفيذية قد تختص بوضع التشريع فى مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها .

وتستعمل عبارة « السلطة التشريعية » للدلالة على وظيفة الدولة فى سن القوانين ، كما تستعمل للدلالة على الهيئة التى تباشر هذه الوظيفة .

وتختلف السلطة التى تملك التشريع بحسب أهمية هذا التشريع . فقد يتناول التشريع النظام الأساسى للدولة ، أو يتعلق بأمور خطيرة تتصل بمصالح البلاد العليا ، فلا يكتفى فيه بالسلطة التشريعية العادية ، بل يعهد به إلى هيئة مشكلة على نحو خاص ، أو يرجع فيه إلى الشعب . وقد يكون التشريع عاديا فتتولى وضعه السلطة التشريعية العادية . وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملى فيترك أمره إلى السلطة التنفيذية نظرا إلى اتصالها المستمر بالجمهور .

٦٤ – أنواع التشريعات وتدرجها فى القوة :

يتضح مما ذكرناه الآن أن التشريعات تتعدد أنواعها وتتفاوت قوتها تبعا لأهمية المسائل التى تتناولها .

فهناك أنواع ثلاثة من التشريعات تتدرج فى القوة . فأعلاها التشريع الأساسى ،

وهو الدستور . ثم يليه فى القوة التشريع العادى ، ويسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلى هذا فى القوة التشريع الفرعى ، وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التى تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ومقتضى هذا التدرج فى القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . فلا ينبغى أن يأتى التشريع العادى مخالفا للتشريع الأساسى ، ولا أن يأتى التشريع الفرعى مخالفا لأى من هذين التشريعين . فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى ، وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية على صحة التشريعات كما سنرى فيما بعد .

وسنعرض فيما يلى لكل نوع من هذه التشريعات ، حيث تتبين السلطة المختصة بسنه والكيفية التى يتم بها ذلك :

٦٥ — أولا : التشريع الأساسى : الدستور :

التشريع الأساسى أو الدستور هو كما قلنا أعلى التشريعات فى القوة . إذ أنه يحدد نظام الحكم فى الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها بالبعض الآخر ، ويقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . فهو بهذه المثابة يضع الأساس الذى يقوم عليه نظام الدولة . ولذلك يختلف عن التشريع العادى سواء من حيث وضعه أو تعديله :

(١) ففيما يتعلق بوضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة . فقد يصدر الدستور منحة من صاحب السلطان فى الدولة ، وإن كان ذلك لا يحصل عملا إلا تحت ضغط الشعب الذى يعتبر صاحب السيادة الأصيل . وقد يصدر فى صورة عقد بين الشعب وصاحب السلطان . وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . وقد يسنه الشعب نفسه بطريق الاستفتاء .

وهاتان الطريقتان الأخيرتان هما اللتان تتفقان مع المبدإ الديمقراطى على اعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات . وقد جمع بينهما الدستور المصرى الذى بدأ العمل به ابتداء من يوم ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ . إذ جاء فى ديباجته أنه يعمل به من هذا اليوم « حتى

يتم مجلس الأمة المنتخب انتخابا شعبيا مباشرا مهمته بوضع مشروع الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة ، وطرح مشروع هذا الدستور على الشعب ، للاستفتاء ، لكي يمنحه من إرادته الحرة القوة التي تجعله مصدرا لكل السلطات » .

ونضيف بهذه المناسبة أن الدستور ليس هو التشريع الوحيد الذي يسنه الشعب بطريق الاستفتاء . فقد يستفتى الشعب فضلا عن ذلك فى تشريع يتناول أمرا هاما يتصل بمصالح البلاد العليا . إذ نصت المادة ١٢٩ من الدستور على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا ، وينظم القانون طريقة الاستفتاء » .

(٢) وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، تنقسم الدساتير بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة . فالدستور المرن هو الذى يكفى لتعديل أحكامه أو إلغائها أن يصدر تشريع عادى بالإجراءات التى تصدر بها القوانين العادية ؛ والدستور الجامد هو الذى لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع فى القوانين العادية . وجمود الدستور على هذا النحو من شأنه أن يحول دون كثرة التعديل فى أحكامه ، فيتوفر له بذلك ما يجدر بالتشريع الأساسى من استقرار وثبات .

والدستور المصرى من الدساتير الجامدة . فقد تطلبت المادة ١٩٦ منه إجراءات طويلة وشروطا خاصة لتعديله ، وهى كما يأتى :

١ — طلب التعديل : فلكل من رئيس الجمهورية ، ومجلس الأمة ، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها ، والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . وإذا كان الطلب صادرا من مجلس الأمة وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .

٢ — موافقة مجلس الأمة على مبدإ التعديل : فإذا قدم الطلب على هذا الوجه وجب عرضه على المجلس لكى يناقش مبدأ التعديل . ويصدر المجلس قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه . فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض .

٣ — موافقة مجلس الأمة على التعديل : فإذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بالأغلبية المذكورة ، يعرض عليه بعــد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المراد تعديلها لمناقشتها . فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس اعتبر نافذا من تاريخ الموافقة .

٦٦ — ثانيا : التشريع العادى : القانون :

التشريع العادى هو التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم «القانون la loi» بمعناه الخاص الذى يراد به قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية . فهو يختلف فى دلالته عن اصطلاح القانون le Droit بالمعنى العام باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع . وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (١) .

والأصل أن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة بما تعطيه من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها . وهذا هو النهج الذى سلكه الدستور المصرى .

ويتولى السلطة التشريعية فى مصر بحسب الأصل ، بمقتضى الدستور الحالى ، مجلس واحد هو مجلس الأمة . فقد نصت المادة ٤٧ من الدستور على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » .

ويمر سن التشريع العادى بالمراحل الثلاث الآتية :

(١) اقتراح التشريع : اقتراح القانون هو عرض مشروعه على مجلس الأمة لإبداء الرأى فيه . وهو حق لرئيس الجمهورية (م ١١٦ من الدستور) ، ولأى عضو من أعضاء مجلس الأمة (م ٦٧) . ويحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهورية إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) . أما مشروع القانون الذى يقترحه

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦ .

عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة فيحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى صلاحيته لجواز نظر المجلس فيه ، فإذا رأى المجلس نظره أحاله إلى إحدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) .

(٢) موافقة مجلس الأمة : بعد فحص مشروع القانون وتقديم تقرير عنه يطرح على مجلس الأمة لمناقشته والتصويت عليه. ولا يجوز للمجلس أن يتخذ قرارا إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه. وفى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المداولة فى شأنه مرفوضا (م ٦٥) .

ولا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة . ولا يجوز تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأى عليه مادة مادة (م ٦٨) .

وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه مجلس الأمة ، لا يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته (م ٦٩) .

(٣) عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة مجلس الأمة رغم الاعتراض : لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التى يقرها مجلس الأمة (م ١١٦). فإذا اعترض الرئيس على مشروع قانون رده إلى المجلس فى مدى ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس إياه . فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد ، اعتبر قانونا وأصدر (م ١١٧) . وإذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم إلى المجلس ، وأقره ثانية بموافقة ثلثى أعضائه ، اعتبر قانونا وأصدر (م ١١٨) .

ويتضح من هذا أن اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الأمة هو مجرد اعتراض توقيفى veto suspensif . بمعنى أنه إجراء من جانب رئيس الجمهورية يوجب على المجلس أن يعيد النظر فى هذا المشروع ، بحيث لا يجوز له أن يقره ثانية إلا بموافقة أغلبية خاصة هى ثلثا أعضائه . فإذا توفرت هذه الأغلبية صار المشروع قانونا وأصدر ، وإذا لم تتوفر سقط المشروع ، وبذلك تكون الكلمة الأخيرة لمجلس الأمة .

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تتولى سن التشريع العادى ،

فإن هناك حالتين تستثنيان من ذلك ، حيث تحل فيهما السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى القيام بهذه المهمة مراعاة لظروف خاصة ، وهى حالة التفويض وحالة الضرورة .

٦٧ — تفويض رئيس الجمهورية فى التشريع :

قد تعرض ظروف استثنائية تدعو إلى أن يفوض مجلس الأمة رئيس الجمهورية فى سن القوانين فى شأن مسائل معينة ، كما هى الحال بالنسبة إلى القوانين الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب ، حيث تقضى المصلحة بكتمان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها .

وقد نصت المادة ١٢٠ من الدستور فى هذا الصدد على أن « لرئيس الجمهورية فى الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها » .

ويتضح من هذا أن التفويض يجوز إذا توافرت فيه شروط ثلاثة : ١ — فيجب أن يكون التفويض فى أحوال استثنائية تبرره . ٢ — ويجب أن تعين فى هذا التفويض الموضوعات التى يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين فى شأنها ، كما تحدد فيه الأسس التى تراعى فى تنظيم هذه الموضوعات . ٣ — ويجب أن يكون هذا التفويض مأقوتا بمدة محددة .

٦٨ — تشريع الضرورة :

يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو أثناء حله ، إذا نشأت حينذاك حالة ضرورة تدعو إلى الإسراع فى اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتمل التأخير . فقيام حالة الضرورة فى وقت تكون السلطة التشريعية فيه فى عطلة أو غير قائمة هو الذى يبرر الخروج على الأصل الذى يجعل الاختصاص بسن القوانين لهذه السلطة .

وقد نصت المادة ١١٩ من الدستور في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو في فترة حله ، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون — ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

ومن ثم يشترط لكي يباشر رئيس الجمهورية هذا الحق ما يأتي :

١ — فيجب أن توجد ضرورة تدعو إلى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير . وتقدير هذه الضرورة يستقل به رئيس الجمهورية .

٢ — ويجب أن تطرأ هذه الضرورة أثناء عطلة مجلس الأمة فيما بين أدوار انعقاده ، أو في فترة حله .

٣ — ويجب أن تعرض القرارات التي أصدرها رئيس الجمهورية على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان إصدارها فيما بين أدوار انعقاده ؛ أو في أول اجتماع له إذا كان إصدارها في فترة حله . فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض ، حيث رأى الشارع في هذه الحالة أن يتلافى ما قد يترتب على الزوال بأثر رجعي من اضطراب .

٤ — ويجب ألا تكون هذه القرارات مخالفة للدستور . وهذا شرط تمليه القواعد العامة ، وإن لم يرد ذكره في النص المذكور . إذ أن القانون الذي تسنه السلطة التشريعية ، وهي السلطة الأصلية في هذا الشأن ، لا يجوز أن يأتي مخالفا للدستور . وعليه فمن باب الأولى لا يجوز أن يخالف الدستور قرار له قوة القانون يصدر من رئيس الجمهورية في حالة يحل فيها محل هذه السلطة استثناء .

٦٩ – ثالثا : التشريع الفرعى : اللائحة :

التشريع الفرعى هو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التى تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور (م ١٢١ و ١٢٢). فهى تسن هذا التشريع بما لها من اختصاص أصيل ، وليس على أساس أنها تحل فى ذلك السلطة التشريعية . ويطلق على هذا التشريع اسم « اللائحة le règlement » تمييزا له عن التشريع العادى الذى يراد به « القانون » :

واللوائح على أنواع ثلاثة ، هى اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط :

(١) اللوائح التنفيذية : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القوانين . ذلك أن القوانين التى تسنها السلطة التشريعية كثيرا مايقتصر فيها على وضع القواعد العامة ، وتترك النواحى التفصيلية والجزئيات التى تنظم تنفيذها للسلطة التنفيذية . فهذه السلطة بحكم وظيفتها فى تنفيذ القوانين واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدر من السلطة التشريعة على تعرف التفصيلات الخاصة بالتنفيذ وفقا لضرورات العمل وظروفه ، فضلا عما فى ذلك من ضمان السرعة فى التنفيذ وتخليص القوانين من كثير من التفصيلات الجزئية والتخفيف من أعباء السلطة التشريعية .

ولهذا يجب أن تتقيد اللوائح التنفيذية بالغرض المقصود منها ، وهو تنفيذ القوانين . فلا يجوز أن تتضمن تعديلا او إلغاء لقاعدة من القواعد الواردة فى هذه القوانين :

وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على أنه « يصدر رئيس الجمهورية . . . اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه » . ومن هذا فالأصل أن يكون صدور اللوائح التنفيذية من رئيس الجمهورية ، ويجوز له أن يفوض غيره فى إصدارها ، كما يجوز أن يعين القانون من يصدرها كالوزير المختص :

(٢) اللوائح التنظيمية : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة . وقد نصت عليها المادة ١٢١ من الدستور فقالت : « يصدر رئيس

الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة » . ذلك أن السلطة التنفيذية هى التى تتولى إدارة المصالح والمرافق العامة . فهى بحكم وظيفتها هذه تستطيع أن تختار التنظيم الملائم لسير العمل فى هذه المصالح والمرافق .

ويلاحظ أن الدستور الحالى يقصر سن هذه اللوائح على رئيس الجمهورية . ولذلك يجب أن يصدر بها قرار رئيس الجمهورية .

(٣) لوائح الضبط : هى التى تضعها السلطة التنفيذية لحفظ الأمن وتوفير السكينة وصيانة الصحة العامة . فهى من هذا تورد قيودا تشريعية على الحريات الفردية يقتضيها الصالح العام . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة .

وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على هذه اللوائح فقالت : « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط . . . وله أن يفوض غيره فى إصدارها » . فالأصل أن يقوم رئيس الجمهورية باصدار هذه اللوائح بناء على عرض الوزير المختص ، ويجوز له أن يفوض غيره فى إصدارها .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

٧٠ – سن التشريع ونفاذه :

إذا تم سن التشريع على النحو السالف الذكر من السلطة المختصة ، سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فإنه يوجد قانونا . ولكن هذا الوجود القانونى لا يكفى لكى يصبح التشريع نافذا ، أى لكى يعمل به ؛ بل يجب لذلك أن يمر بمرحلة التنفيذ . ويتحقق هذا التنفيذ بتوافر أمرين : الأول هو إصدار التشريع كى يصبح رجال السلطة التنفيذية مكلفين بتنفيذه . والثانى هو نشره كى يعلم الناس به وبموعد نفاذه .

٧١ – إصدار التشريع :

الإصدار la promulgation عمل يقصد به تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا من تشريعات الدولة . وهو من اختصاص السلطة التنفيذية ممثلة فى شخص رئيسها . حيث نصت المادة ١١٦ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين .

ويعتبر الإصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، إذ هو بداية وضع التشريع موضع التنفيذ . ويبدو هذا التمييز واضحا إذا كان سن التشريع من اختصاص سلطة غير السلطة التنفيذية ، كما هى الحال بالنسبة إلى الدستور أو القوانين العادية . إذ بعد أن يتم سن التشريع فى هذه الحالة ، تتولى السلطة التنفيذية إصداره لكى تسجل وجوده القانونى وتكلف رجالها بالقيام على تنفيذه . أما حين يكون سن التشريع من اختصاص السلطة التنفيذية ، كما هى الحال بالنسبة إلى التشريع الفرعى ، فإنه يختلط بالأصدار ، إذ تقوم بهما سلطة واحدة ، فيتمان فى وقت واحد .

ولم يحدد الدستور ميعادا لإصدار القوانين. غير أن المفروض أن يقع الإصدار فور تمام سن التشريع . فهو واجب على رئيس الجمهورية بمجرد الانتهاء من سن التشريع حتى لا يتعطل تنفيذ القوانين .

٧٢ – نشر التشريع :

النشر la publication إجراء يقصد به إعلان التشريع للناس وتحديد موعد العمل به. فلا يكفى الإصدار لتمام نفاذ التشريع ، بل يجب كذلك أن ينشر . ذلك أن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضى عقلا وعدالة علمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها .

ونظرا إلى تعذر إعلان التشريع لجميع الناس ، فقد اكتفى الشارع فى هذا الشأن بأن هيأ وسيلة معينة للعلم به ، وهى النشر : فهذه الوسيلة هى التى يعتد بها فى تمام نفاذ التشريع ، ولو كانت لم تؤد فعلا إلى الإحاطة به :

والوسيلة القانونية المعول عليها لنشر التشريع هى نشره فى الجريدة الرسمية للدولة. فهذا النشر واجب لنفاذ التشريع أيا كان نوعه ، أى سواء كان تشريعا أساسيا أو عاديا أو فرعيا .

ولا تغنى عن هذا النشر أية وسيلة أخرى لإعلان التشريع ، ولو كانت أجدى من الجريدة الرسمية فى سبيل العلم به ، كالنشر فى الصحف أو فى إعلانات توضع فى أماكن عامة أو بطريق الإذاعة ؛ بل إن العلم الفعلى بالتشريع بأية طريقة أخرى لا يجعله نافذا مادام لم ينشر فى الجريدة الرسمية .

ويجب أن يتم نشر التشريع فى خلال أسبوعين من يوم إصداره . فقد نصت المادة ١٦٤ من الدستور على أن « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها » . والمقصود بالقوانين فى هذا النص التشريعات أيا كان نوعها كما قلنا .

وقد جرت الدساتير السابقة على تحديد ميعاد لنفاذ التشريع بعد نشره فى الجريدة الرسمية ، وذلك حتى تتاح للناس فرصة كافية للعلم به : من ذلك أن الدستور السابق كان ينص على أن يعمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ، وعلى أنه يجوز مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص فى القانون . ولكن الدستور الحالى ، على خلاف هذه الدساتير لم يرد فيه ذكر لميعاد معين فى هذا الشأن . ومع ذلك فالغالب ألا يعتبر التشريع نافذا فور نشره فى الجريدة الرسمية مراعاة للاعتبار الذى ذكرناه ، بل يبدأ نفاذه بعد وقت معين من تاريخ النشر ينص عليه فيه . على أن المصلحة العامة قد تدعو إلى الإسراع فى تنفيذ التشريع ، فينص فيه على أن يبدأ العمل به من تاريخ النشر .

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة التشريع

٧٣ – الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع :

رأينا أن التشريعات تتدرج فى القوة . فأعلاها التشريع الأساسى ، وهو الدستور. ثم يليه فى القوة التشريع العادى ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلى هـذا فى القوة التشريع الفرعى ، وهو يشمل اللوائح . وقلنا إن مقتضى هذا التدرج فى القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه .

والمخالفة قد تكون من حيث الشكل ، وقد تكون من حيث الموضوع . ويقصد بالمخالفة من حيث الشكل أن يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة ، أو يسن وفقا لإجراءات غير صحيحة ، أن يوضع موضع التنفيذ دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر أو قبل فوات الميعاد المحدد لبدء العمل به . ويقصد بالمخالفة من حيث الموضوع أن يأتى التشريع الأدنى متعارضا فى أحكامه كلها أو بعضها مع قواعد التشريع الأعلى .

وسنعرض الآن لمدى رقابة القضاء على صحة التشريع من هاتين الناحيتين . حيث نتكلم فى الرقابة على صحة التشريع الفرعى ، أى قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم فى الرقابة على صحة التشريع العادى ، أى دستورية القوانين . أما التشريع الأساسى ، وهو الدستور ، فهو أعلى التشريعات ، ولا يتصور أن تثور مسألة الرقابة بالنسبة إليه .

٧٤ – الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريتها :

من المسلم به فقها وقضاء أن للمحاكم سلطة الرقابة على صحة التشريعات الفرعية ، وهى اللوائح على اختلاف أنواعها ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فلها أن تراقب قانونية اللوائح أو دستوريتها ، وذلك بالتثبت من عدم مخالفتها للقوانين العادية أو للدستور قبل أن تطبقها .

ولهذا فإن المحاكم العادية يجوز لها ، بل ويجب عليها ، أن تمتنع من تلقاء نفسها عن تطبيق اللوائح التى تكون مخالفة للقوانين العادية أو للدستور : فلا يلزم لذلك أن يتمسك صاحب المصلحة من الخصوم بعدم صحة اللائحة ، لأن مثل هذه المخالفة تعنى انعدام اللائحة فلا يكون لها وجود قانونى . غير أن سلطة المحاكم العادية تقتصر فى هذا الشأن على مجرد الامتناع عن تطبيق مثل هذه اللوائح ، فهى لا تملك إلغاءها ، وذلك مراعاة لمبدإ الفصل بين السلطات .

أما محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة فلها ، فوق سلطتها فى الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور كبقية المحاكم ، أن تحكم بإلغائها إذا طلب منها ذلك صاحب المصلحة فى الميعاد المقرر : فالطعن بمخالفة اللائحة للقانون أو الدستور أمام هذه المحكمة يكون بأحد طريقين : الأول هو الطريق المباشر ، وهو طلب إلغاء اللائحة بدعوى مستقلة ترفع فى الميعاد المحدد لرفع دعاوى الإلغاء وهو ستون يوما من تاريخ نشر اللائحة فى الجريدة الرسمية . والثانى هو الطريق غير المباشر ، وهو طلب عدم الأخذ باللائحة فى أى وقت عند الطعن فى القرار الإدارى الفردى الذى يصدر بناء على هذه اللائحة(١) .

٧٥ — الرقابة على دستورية القوانين فى الشرائع الحديثة :

تجب التفرقة فى هذا الشأن بين الرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل ، والرقابة على صحتها من حيث الموضوع .

(١) ففيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل من المسلم به أن للمحاكم هذه السلطة . وذلك بأن تمتنع عن تطبيق القانون الذى لحقه عيب فى الشكل على خلاف ما تقضى به أحكام الدستور . كأن يقر مجلس الأمة قانونا دون أخذ الرأى عليه مادة مادة ، أو يقره بغير الأغلبية الخاصة المطلوبة فى شأنه ، أو يوضع القانون موضع التنفيذ

---

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحاماة ٣٢ — ١٠٥٩ — ٤٦٢ .

دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر . إذ يعتبر القانون فى مثل هذه الحالات منعدما فلا يكون له وجود قانونى .

(٢) أما فيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الموضوع فأمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ، كما أنه يختلف باختلاف الشرائع :

ومن الواضح أن هذه المشكلة لاتثور إذا كان الدستور مرنا . إذ أن مثل هذا الدستور يمكن تعديله بتشريع عادى ، فإذا صدر قانون يخالف فى حكمه قواعد هذا الدستور كان هذا جائزا حيث يعتبر تعديلا للدستور ذاته بالطريقة المقررة .

إنما يثور بحث دستورية القوانين حين يكون الدستور جامدا ، إذ أن مثل هذا الدستور لايمكن تعديله بتشريع عادى . فإذا صدر قانون مخالف فى أحكامه لقواعد الدستور كان هذا تعديلا للدستور بغير الطريقة المقررة . كأن يصدر قانون يفرق ، فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العامة ، بين المواطنين على أساس الأصل أو الدين ، مخالفا بذلك ما تقضى به المادة ٢٤من الدستور التى تنص على أن المصريين لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة . أو يصدر قانون يجيز تسليم اللاجئين السياسيين ، مخالفا بذلك ماتقضى به المادة ٣٢ من الدستور التى تنص علىأن تسليم اللاجئين السياسيين محظور . وهناك اتجاهان فىهذا الشأن :

فقد ذهب رأى إلى أنه ليس للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين من حيث الموضوع . وذلك بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات . إذ أنه وفقا لهذا المبدأ تختص السلطة التشريعية بسن القوانين ، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيقها . فإذا أجزنا للمحاكم أن تراقب دستوريةالقوانينالتى تطبقها أدى هذا إلى الإخلال بذلك المبدإ، لأنه يجعل من السلطة القضائية مهيمنا على السلطة التشريعية ، مع أن كلا منهما مستقلة عن الأخرى .

وأخذت بهذا الرأى دساتير بعض الدول ، كالدستور البلجيكى . كما استقر عليه القضاء الفرنسى،وإن كان يعارضه جانب من الفقه الفرنسى .

بينما ذهب رأى آخر إلى تخويل المحاكم سلطة النظر فى دستورية القوانين ، حتى

تتثبت من عدم مخالفتها للدستور ، بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة له ، وذلك استنادا إلى الحجج الآتية :

حيث أن وظيفة المحاكم هى تطبيق القانون بمعناه الشامل . فهى تلتزم بتطبيق جميع القواعد القانونية السارية فى الدولة ، سواءوردت هذه القواعد فى الدستور أوفى قوانين عادية أو فى لوائح . ومقتضى هذا أنه نظرا إلى تدرج هذه التشريعات فى القوة ، إذا تعارض قانون عادى مع أحكام الدستور وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون وإلا خالفت فى عملها أحكام الدستور .

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم الحق فى رقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، بأن تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، فليس ثمة ما يدعو إلى التفرقة فى هذا الشأن بين القوانين واللوائح ، إذ ليست الرقابة فى الحالين سوى نتيجة منطقية وحتمية لتدرج التشريعات فى القوة . فإذا وجدت المحاكم نفسها أمام تشريعين متعارضين امتنعت عن تطبيق التشريع الأدنى احتراما للتشريع الأعلى .

وليس فى تخويل المحاكم هذا الحق ما يعتبر إخلالا بمبدإ الفصل بين السلطات كما يدعى أنصار الرأى الآخر ، بل إنه على العكس من ذلك يعتبر من مقتضيات هذا المبدأ . ذلك أن وظيفة السلطة القضائية هى تطبيق القانون بمعناه الشامل على النحو الذى ذكرناه ، فإذا حرمناها من الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور كان معنى ذلك أننا نخول السلطة التشريعية الحق فى أن تفرض عليها مثل هذه القوانين فتجبرها بذلك على تطبيقها ، وهو ما يخل باستقلالها فى تطبيق القواعد القانونية جميعا وعلى رأسها الدستور . فالسلطتان تخضعان لأحكام الدستور ، وإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام ، فلا ينبغى أن تشترك معها السلطة القضائية فى هذه المخالفة .

ومن ثم فوفقا لهذا الرأى يقتصر حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . فهى لا تلغى هذه القوانين، إذ أن إلغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية . وبذلك يكون الأمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاصرا على القضية المعروضة ، حيث يظل مثل هـــذا القانون قائما .

ويمتاز هذا الرأى بأنه يكفل احترام سيادة الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات فى آن واحد . فهو يكفل احترام أحكام الدستور التى تعلو فوق جميع القوانين وتخضع لها سائر السلطات ، وذلك بتخويل المحاكم سلطة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لهذه الأحكام . ويحقق استقلال السلطة القضائية فى أداء وظيفتها ، وهى تطبيق جميع القوانين وعلى رأسها الدستور ، مما يقتضى عند تعارض التشريعات تغليب التشريع الأعلى ، حيث يؤدى ذلك إلى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . ويحافظ على استقلال السلطة التشريعية كذلك فى أداء وظيفتها ، إذ يجعل سلطة المحاكم فى هذا الشأن قاصرة على مجرد الامتناع عن تطبيق هذه القوانين ، فهى لا تملك إلغاءها ، لأن هذا الالغاء من اختصاص السلطة التشريعية . ولذلك فهو الرأى السائد فى أغلب الدول فى الوقت الحاضر ، كالولايات المتحدة الأمريكية والنرويج وكندا والبرتغال واليونان .

وهناك دساتير قليلة تخول المحاكم سلطة إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، كدستور إيطاليا ودستور تشكسلوفاكيا ودستور النمسا .

٧٦ — الرقابة على دستورية القوانين فى مصر :

يصدق فى القانون المصرى ماقلناه فى الفقرة السابقة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل .

أما فى خصوص الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع فلم يعرض دستور سنة ١٩٢٣ ولا الدساتير التالية له لهذه المسألة . فأدى هذا إلى اختلاف فى الرأى على الأقل فى نطاق القضاء العادى . حيث ذهبت قلة قليلة من الفقه فى الماضى إلى إنكار حق المحاكم فى الرقابة على دستورية القوانين ما دام أن الدستور لم يخولها هذه السلطة . وذهب جمهور الفقه إلى أن للمحاكم هذا الحق بحكم وظيفتها فى تطبيق جميع القوانين ما دام أن الدستور لم يحرم عليها ذلك ، بحيث يمكن أن يقال إن إجماع الفقه المصرى الآن يكاد ينعقد على إثبات هذا الحق للمحاكم . أما القضاء العادى فقد ترددت أحكامه ، وهى قليلة فى هذا الموضوع ، بين الاعتراف للمحاكم بهذا الحق وإنكاره عليها ، إلا أن

الاتجاه العام الذى يستفاد من هذه الأحكام هو أن المحاكم العادية لا تعطى نفسها هذا الحق .

ولما أنشئ مجلس الدولة أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن يعرض عليها هذا الأمر ، فانتهت إلى إثبات حق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك بأن يمتنع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور ، فهو لا يملك إلغاء هذه القوانين ما دام أن ليس فى الدستور نص صريح يخوله هذه السلطة . واستندت فى قضائها هذا إلى أن الدستور هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين وتخضع له الدولة فى تشريعها وقضائها . وأنه عند سكوت الدستور عن التعرض للرقابة القضائية يتعين على المحاكم بمقتضى الأصول الدستورية أن تمارس وظيفتها القضائية فى تطبيق جميع القواعد القانونية أياكان مصدرها ، حيث يجب عليها بحكم هذه الوظيفة أن تطبق القانون الأعلى فى المرتبة وتستبعد القانون الأدنى إذا تعارض معه ، فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب طرح القانون وتطبيق الدستور باعتباره القانون الأعلى الأحق بالاتباع . وأن المستفاد من مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطتين التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى ، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون باطل وإلا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية ، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق قانون يتعارض مع النصوص والمبادىء الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها . وهذه هى ذات الحجج التى يستند إليها ذلك الرأى فى أغلب الشرائع الحديثة كما قدمنا .

وقد استقر قضاء هذه المحكمة على هذا الرأى(١) . ونرجو أن يكون هذا هو موقف القضاء العادى فى المستقبل ، حتى يتأكد حق القضاء جميعه فى الرقابة على دستورية القوانين :

---

(١) انظر بصفة خاصة فى هذا الصدد حكمين شهيرين لمحكمة القضاء الإدارى : أولهما فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ١ — ٢٠٧ — ٢٨٤ . والثانى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٢ ، المحاماة ٣٣ — ٦٨ — ٥٣ .

المبحث الخامس

التقنين

٧٧ – تعريف :

التقنين Le code تشريع يجمع أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون فى مدونة واحدة مرتبة ومبوبة ، كالتقنين المدنى والتقنين التجارى وتقنين المرافعات. ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية التجميع ذاتها La codification. وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبه إلى المدونة ذاتها ، فيقال مثلا المجموعة المدنية. ومع ذلك فإنه من الناحية الرسمية تحمل المدونه عنوان القانون مقترنا باسم الفرع الذى تنتمى إليه القواعد الواردة فيها ؛ فالتقنين المدنى مثلا يحمل عنوان القانون المدنى، وتقنين المرافعات يحمل عنوان قانون المرافعات .

والتقنين بهذا المعنى الاصطلاحى هو التشريع الذى يتم تجميع قواعده بواسطة الهيئة المختصة بالتشريع ، فهو تجميع رسمى تقوم به السلطة التشريعية فى الدولة . ومن ثم لايعتبر تقنينا أى تجميع غير رسمى للقواعد القانونية غير المقننة المتعلقة بفرع من فروع القانون يقوم به فقيه أو كاتب أو هيئة علمية . حيث يعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهى لايصدق عليه وصف التقنين .

وليس من المستطاع أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون، ولهذا قلنا إنه تشريع يجمع أكثر هذه القواعد ، بمعنى أنه يضم الكتلة الرئيسية منها . إذ يوجد دائما إلى جانب التقنين فى فرع معين قواعد أخرى تدخل فى نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين . وهذه القواعد قد توجد فى تقنين آخر ، أو تصدر بها قوانين خاصة ، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع . فمثلا يوجد إلى جانب التقنين المدنى فى مصر قواعد مدنية أخرى وردت فى تقنين المرافعات ، أو صدرت بهاقوانين خاصة كقانون حق المؤلف وقانون الشهر العقارى وقانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعى ،أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع كالعرف ومبادىء الشريعة الإسلامية.

٨٧ – مزايا التقنين :

عرضنا فيما تقدم(١) لأهمية التشريع ومزاياه الكبيرة باعتباره مصدرا رسمياً للقانون . ومن البديهى أن هذه الأهمية والمزايا تتوفر للتقنين باعتباره تشريعا . وإنما يراد من الإشارة إلى مزايا التقنين بوجه خاص تلك المزايا التى يحققها تجميع القواعد القانونية على النحو الذى يجرى فى التقنين . وتتلخص هذه المزايا فيما يأتى :

١ – يؤدى تجميع أكثر القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون فى مدونة واحدة إلى سهولة التعرف على هذه القواعد . إذ يصبح من اليسير على الباحث ، سواء كان قاضيا أو فقيها أو أى شخص آخر ، أن يتبين القاعدة التى يتقصاها . وبذلك تخف عنه مؤونة البحث عن هذه القاعدة فى تشريعات عدة متناثرة قد يصعب عليه الإحاطة بها فلا يتبين ما كان يجب عليه أن يلم به فى عمله .

٢ – ويتصل بهذه الميزة أن هـذا التجميع ينطوى على تبويب القواعد القانونية وترتيبها على أساس علمى منطقى . وبذلك يمكن أن توضع كل قاعدة فى مكانها الصحيح من حيث طبيعتها القانونية . وهذا من شأنه أن يلقى الضوء أمام الباحث فى سبيل الوصول إلى الحلول الصحيحة . ولذلك فإن الجهود العلمية التى تبذل فى وضع التقنين تفوق إلى حد كبير ما يبذل من جهود فى وضع التشريعات الخاصة بموضوعات معينة .

٣ – وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التجميع يساعد على ملافاة التناقض بين القواعد القانونية المختلفة . ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة فى أوقات مختلفة ، وقد يحصل أن إحدى هـذه اللجان لا تدخل فى حسابها جميع التشريعات التى سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذى تنظمه ، أو لا تتوفر على دراسة هذه التشريعات بالقدر الكافى ، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد . أما التقنين فإنه يجعل أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين تحت نظر القائمين به يدرسونها

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦١ .

وينسقون فيما بينها ، كما تبذل فيه من الجهود الكبيرة مايجدر بما له من أهمية وخطر ، وهذان العاملان من شأنهما أن يقللا من احتمال التعارض بين هذه القواعد .

٧٩ — نقد التقنين والرد عليه :

على الرغم من المزايا الضخمة التى تتوفر للتقنين، سواء بوصفه تشريعا أو باعتباره تجميعا ، فقد وجه إليه النقد بعض من الفقهاء على رأسهم الفقيه الألمانى الكبير سافينى Savigny . فهؤلاء يرون أن القانون حدث اجتماعى ينبعث من ضمير الجماعة ويتطور من تلقاء ذاته تبعا لتغير أحوال المجتمع وظروفه ؛ ومن ثم يجب ألا تصب قواعده فى نصوص تشريعية تضفى عليه من الجمود مايقعد به عن مسايرة التطور . وهذا العيب الذى يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضررا فى التقنين منه فى التشريعات العادية . ذلك أن الشارع لايحجم عن التدخل لتعديل التشريع العادى كلما دعت الحاجة إلى ذلك . أما التقنين فإنه نظرا إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذى يبذل فى وضعه وتنسيقه وتبويبه يكسب قدرا من المهابة والتقديس يجعل الإقدام على تعديله محوطا بالحذر الشديد ، فلا يتدخل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى .

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر ، إذ تعتبر هذه التقنينات أول عمل تشريعى ضخم تقوم به دولة على هذا النحو فى العصر الحديث . ونظرا إلى ماامتازت به هذه التقنينات من منطق فى الترتيب ودقة فى الصياغة ووضوح فى العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الإعجاب والتقدير . حتى ساد فى الفقه الفرنسى حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنينات قد أحاطت بكل شىء ، فأخذ الفقهاء فى البداية يفسرون نصوصها تفسيرا حرفيا يلتزمون فيه حدود النص ويتحرون نية واضعيه ، ولذلك سمى هذا الاتجاه الفقهى « مدرسة الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » . وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسى حجة لخصوم التقنين، إذ رأوا أن التقنين فى ظل هذا الاتجاه يصيب القانون بجمود فى تفسيره فضلا عما فى نصوصه من جمود .

ولكن الواقع أثبت عدم سلامة هذا النقد . ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بشيء من الجمود فى السنوات الأولى التى تلى وضعه ، بحيث لايكون من السهل المسارعة إلى تعديله على النحو الذى يحصل بالنسبة إلى التشريعات العادية ، فإن هـذا الوضع لايستمر مدة طويلة . فحين يسفر التطبيق العملى عن نقص فى التقنين أو عيب فيه نرى القضاة والفقهاء يسارعون إلى التوسع فى تفسير النصوص بما يتلاءم مع تطور الظروف فى المجتمع . ويساعدهم على سلوك هذه السبيل أن التقنين يقتصر فى الغالب على إيراد الأصول الكلية دون الدخول فى التفصيلات مما يفتح الباب للاجتهاد بغية الوصول إلى حلول تواجه الأوضاع الجديدة فى الحياة العملية . وآية ذلك أن الفقه الفرنسى مالبث أن تكشف له فساد خطته الأولى فى تفسير النصوص تفسيرا حرفيا ، فعدل عن هذه الخطة من زمن بعيد وأخذ يساند القضاء فى الوصول إلى حلول تواجه التطور الكبير فى المجتمع الفرنسى . بحيث يمكن أن يقال إن القانون الفرنسى استطاع فى ظل التقنين وعلى يد القضاء والفقه أن يساير التطور ويفى بحاجات المجتمع المتجددة . وبذلك اتضح جليا أن التقنين ليس من شأنه أن يحول دون أن يحتفظ القانون بمرونته وقدرته على مسايرة التطور .

وإنا لنرى اليوم أن الشارع لايألو جهدا فى التدخل لسد نقص فى التقنين أوتعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وكثيرا ماينتهى الأمر بمضى الزمن وتغير الظروف فى المجتمع إلى إعادة النظر فى التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور . وهـذا مافعله الشارع المصرى على أثر إلغاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٩٤٩ .

٨٠ – انتشار حركة التقنين فى العصر الحديث :

عرف التقنين من قديم . من ذلك أن القانون الرومانى قنن مرتين : الأولى فى أول مراحله فى مجموعة الألواح الأثنى عشر التى وضعت فى منتصف القرن الخامس قبل الميلاد . والثانية فى المرحلة الأخيرة من تكوينه فى مجموعات جوستنيان المشهورة التى

وضعت فى القرن السادس الميلادى . وهـذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وضع فى الشرائع القديمة .

وبقيت الشريعة الإسلامية غير مقننة إلى أن قام الأتراك فى عهد الدولة العثمانية بتجميع أحكامها المتعلقة بالمعاملات فى مجلة الأحكام العدلية التى صدرت فى سنة ١٨٦٩ ، وهى المعروفة باسم المجلة . وقد كانت مطبقة فى تركيا وغيرها من البلاد التى كانت تابعة للدولة العثمانية فيما عدا مصر ، وظلت مطبقة إلى وقت قريب فى بعض البلاد العربية كسوريا والعراق ولبنان وليبيا .

كذلك صدرت عدة تقنينات فى عهد القانون الفرنسى القديم .

ولكن حركة التقنين الحديثة زادت واتسع نطاقها على أثر صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وما تلاه من تقنينات أخرى فى أغلب فروع القانون : حيث أخذ مشرعو البلاد الأخرى ينسجون على منوال هذه التقنينات سواء فى البلاد الغربية أو الشرقية .

٨١ – حركة التقنين فى مصر :

لم تظهر حركة التقنين فى مصر فى العصر الحديث إلا فى عهد الإصلاح القضائى الذى بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ وإنشاء المحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ ، فعلى الرغم من أن مصر كانت تابعة للدولة العثمانية ، لم تطبق فيها مجلة الأحكام العدلية التى قننت فيها هذه الدولة أحكام المعاملات فى الشريعة الإسلامية وأصدرتها فى سنة ١٨٦٩ ، نظرا إلى ما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى وقضائى .

وقد جاء التقنين فى مصر تابعا لحركة إنشاء المحاكم . فلما أرادت مصر أن تصلح نظام الامتيازات الأجنبية أنشأت المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وكلفت الحكومة المصرية أحد المحامين الفرنسيين المقيمين فى مصر بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية كى تطبقها هذه المحاكم على الجاليات الأجنبية . فتم بذلك وضع التقنين المدنى ، والتقنين التجارى ، والتقنين البحرى ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات .

ثم أنشئت المحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة . كما وضعت لها لائحة جديدة صدرت فى يونية سنة ١٨٨٣ ، وظلت معمولا بها حتى استبدل بها قانون نظام القضاء الذى صدر فى سنة ١٩٤٩ .

وقد أظهر العمل مافى هذه التقنينات جميعا من نقص وعيوب كثيرة . فقد وضعت بسرعة غير مألوفة فى ظروف خاصة ، ونقلت بأكملها تقريبا من قانون أجنبى واحد بطريقة يغلب عليها الاختصار المخل فى كثيرمن المواضع ، فهى لاتختلف عن التقنينات الفرنسية إلا اختلافا يسيرا يرجع فى الغالب إلى اقتباس أحكام قليلة من الشريعة الإسلامية . ومن ثم لم يكن هناك بد من تنقيحها ومراجعتها مراجعة شاملة . وكان أول ما نقح من التقنينات الوطنية هو تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات فى سنة ١٩٠٤ ، ثم نقح هذان التقنينان ثانية فى سنة ١٩٣٧ عقب اتفاقية مونترو للتوحيد بين القانون الوطنى والقانون المختلط فى هذا الخصوص . وعندما أريد إلغاء المختلطة بدأت حركة تنقيح شاملة ترتب عليها إلغاء معظم التقنينات الوطنية والمختلطة وإصدار تقنينات جديدة موحدة . فصدر التقنين المدنى الجديد فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ ، وصدر تقنين المرافعات الجديد فى ٢٩ يونية سنة ١٩٤٩ ، على أن يعمل بهما ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة . وصدر تقنين الاجراءات الجنائية الجديد فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ بدلا من تقنين تحقيق الجنايات . أما بقية التقنينات فكان العمل جاريا فى مراجعتها وتنقيحها .

والآن فى ظل النظام الاشتراكى الذى تأخذ به مصر تكونت عدة لجان لمراجعة التقنينات جميعها مرة أخرى وتنقيحها على النحو الذى يتفق مع روح النظام الجديد ويستجيب لمقتضياته .

الفرع الثانى

المصادر الاحتياطية

٨٢ — الحاجة إلى مصادر احتياطية :

رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمى العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل اختصاصه جميع المسائل بحسب الأصل . لكن الشارع لايسعه أن يحيط فى التشريع بجميع القواعد اللازمة لتنظيم الروابط والأوضاع الموجودة أو التى يمكن أن تستجد فى المجتمع . فالنقص فى التشريع فطرى بحكم طبيعة الأشياء . ولذلك كان لابد من وجود مصادر أخرى احتياطية يتلمس فيها القاضى القاعدة التى ينشدها حينما تعوزه قاعدة فى التشريع .

والمصادر الاحتياطية هى الدين فى مسائل الأحوال الشخصية، والعرف ومبادىء الشريعة الإسلامية فى مسائل المعاملات المالية . وسنعرض لها على التوالى .

المبحث الأول

الدين

٨٣ — تطور مركز الدين كمصدر رسمى للقانون فى مختلف الشرائع بوجه عام :

الدين وحى من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبى من أنبيائه ، فيلقى به إلى الناس من العقائد والقواعد ما يرشدهم فى معاشهم وفى معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والذى يعنينا من الدين فى هذا المقام، كمصدر رسمى للقانون، هو مجموعة القواعد الدينية التى تستمد من الدين مباشرة ويؤخذ الناس بها بمقتضى جزاء دنيوى يوقع عند مخالفتها . إذ فى هذه الحالة فحسب نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

أما القواعد الدينية التى يقتصر الجزاء فيها على استنكار الضمير أو يكون الجزاء فيها أخرويا فلا تدخل فى نطاق القانون(١) :

وقد خضع الدين كمصدر رسمى للقانون بهذا المعنى لتطور محسوس . فقد كان له شأن كبير فى المجتمعات القديمة إلى جانب العرف ، بينما طغى عليه التشريع فى أغلب المجتمعات الحديثة ، وإن كان دوره يختلف فى الدول الغربية عنه فى الدول الشرقية .

والأديان السماوية ثلاثة ، هى اليهودية والمسيحية والإسلام . وقد عرض الإسلام واليهودية لأمور الدنيا بالقدر الذى عرضا به لأمور الآخرة ، فتضمنا إلى جانب ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ، وبذلك كان كل منهما دينا وقانونا . أما المسيحية فقد تناولت بصفة أساسية ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق ، ولم تعرض للروابط الاجتماعية إلا بقدر يسير . ويرجع ذلك إلى ظروف العصر الذى نزل فيه الدين المسيحى ، فقد جاء فى وقت تسود فيه شريعة موسى وشريعة الرومان ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى مزيد من القواعد الدنيوية ، وإنما كانت الحاجة إلى الهداية الروحية والمبادىء الأخلاقية .

وسنخص كلا من الدين المسيحى والدين الإسلامى بكلمة موجزة فى المعنى الذى نعالجه فى هذا المقام :

٨٤ – (١) الدين المسيحى :

انتشر الدين المسيحى فى البلاد الغربية . وعلى الرغم من أنه لم يتضمن من القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية إلا القليل النادر ، فقد وضع رجال الكنيسة كثيرا من القواعد القانونية فى شئون مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود ، تأثروا فيها بروح الدين المسيحى والقانون الرومانى ومبادىء القانون الطبيعى .

---

(١) وهذه التفرقة واضحة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، فهم يميزون بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فمن القواعد الدينية ما هو ملزم قضاء كالقواعد المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو وفاء المتعاقد بالتزامه ؛ ومنها ما هو غير ملزم قضاء كترك البيع عند صلاة الجمعة .

وتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي : فهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحي ، وإنما هو من عمل رجال الكنيسة ، وقد خضعت البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهودا طويلة ، وساعد على ذلك ضعف السلطة الزمنية وتمكن الكنيسة من بسط سلطانها ، فكان حينئذ مصدرا رسميا للقانون فى هذه البلاد . ولما استردت السلطة الزمنية فى البلاد الغربية نفوذها تقوض سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما ، فزالت قوة القانون الكنسى كمصدر رسمى ، وأصبح مصدرا تاريخيا لفريق من القواعد القانونية وعلى الأخص مايتعلق بالزواج . أما فى البلاد الشرقية فقد ظل القانون الكنسى حتى اليوم مصدرا رسميا فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين . وسنرى أن هذا القانون يعتبر مصدرا رسميا فى القانون المصرى لبعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين كغيره من الديانات الموجودة فى مصر .

٨٥ — (٢) الدين الاسلامى :

أما الدين الإسلامى فقد انتشر فى البلاد الشرقية . وقد نزل دينا ودولة ، فلم يقتصر على ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق والعبادات ، بل تناول كذلك الروابط الاجتماعية فى إفاضة وإسهاب ، سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . حيث تضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود والحدود أى الجرائم والعقوبات ، وغير ذلك من روابط الأسرة والروابط المالية والقوانين الجنائية . وقد وردت هذه القواعد فى المصدرين الأساسيين للشريعة الإسلامية ، وهما الكتاب والسنة ، فهى أحكام جاءت فى القرآن أو فى أحاديث جرى بها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم أضاف الفقه إلى هذين المصدرين اثنين أخريين ، هما الإجماع والقياس ، حيث تولى شرح هذه الأحكام واستنبط منها ومن روحها ومعقولها . وبذلك استوت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا كاملا يضارع أرقى النظم القانونية فى العالم ، بل ويفوقها فى نواح كثيرة . وكان المفروض أن يظل هذا النظام سائدا فى البلاد

الإسلامية يسد حاجاتها ويساير التطور فيها . غير أن باب الاجتهاد قد أقفل لغير سبب معقول ، فأدى هذا إلى جمود ذلك النظام بوقوفه عند الحدود التى كانت له فى عصوره الأولى .

وقد ظلت الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون فى جميع المسائل فى البلاد الإسلامية إلى مابعد منتصف القرن الماضى . وما تزال كذلك فى قليل من البلاد الإسلامية كالمملكة العربية السعودية والجمهورية العربية اليمنية . أما فى أكثر البلاد الإسلامية ، ومن بينها مصر ، فقد نشطت حركة التشريع ، حيث اقتبست قواعده من القوانين الغربية ومن الشريعة الإسلامية ، وبذلك تخلف مركز الشريعة بين المصادر الرسمية ، وإن كانت ماتزال هى المرجع الأساسى فى مسائل الأحوال الشخصية .

٨٦ – الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى :

تطور مركز الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى بدرجة كبيرة .

فمنذ الفتح الإسلامى إلى عهد محمد على كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى للقانون المصرى بوجه عام ، حيث كانت تطبق على جميع الأشخاص وفى كل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون فى هذه المسائل لشرائعهم الدينية .

ومنذ عهد محمد على إلى عهد إسماعيل بدأ تغلغل القانون الفرنسى فى مصر ، حيث وضعت بعض تشريعات مستمدة من هذا القانون ، فبدئ بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائى . وترتب على ذلك أن أخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل بقدر مايصدر من هذه التشريعات .

ولما أنشئت المحاكم المختلفة فى سنة ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الوطنية فى سنة ٨٨٣ ، صدرت التقنينات المختلفة التى تقدم ذكرها ، وهى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات . وقد نقلت

هذه التقنينات عن القانون الفرنسى باقتضاب ، فيما عدا بعض أحكام قليلة استمدت من الشريعة الإسلامية كالشفعة والبيع فى مرض الموت والغبن وبعض مسائل فى البيع والإيجار. واعتبر صدور هذه التقنينات ناسخا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما تم تقنينه، فلم تعد الشريعة مصدرا رسميا للقانون فى هذا النطاق ،وصارت مصدرا تاريخيا للقواعد التشريعية التى استمدت منها .

وقد أغفلت هـذه التقنينات التعرض لنوعين من المسائل : النوع الأول مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثانى المسائل المتعلقة بالوقف والهبة والحكر ، وهذه تدخل فى نطاق المعاملات المالية . وبذلك أصبح دور الشريعة الإسلامية قاصرا على كونها مصدرا رسميا فى هذه المسائل التى أغفلتها التقنينات . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية كما كان مقررا من قبل ، فهم يخضعون فى هذا الخصوص لشرائعهم الدينية .

وقد تضمن التقنين الحالى تنظيما للهبة والحكر باعتبارهما من مسائل المعاملات المالية. وبذلك أصبحت المسائل التى أغفلتها التقنينات قاصرة على الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية . وسنتبين إلى أى حد يعتبر الدين الآن مصدرا رسميا فى هـــذه المسائل فى القانون المصرى .

٨٧ — أولا : الوقف :

يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت » (م ١٦ /١ من قانون نظام القضاء) . وقدكانت هذه المسائل قبل صدور التقنينات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين ، وظلت كذلك بعد صدور هذه التقنينات ، لأن نظام الوقف نشأ فى الفقه الإسلامى ، كما أنه لايتصل بالعقيدة الدينية .

ثم أصدر الشارع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف . وقد استمدت قواعد هذا القانون من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا

لتلك القواعد التشريعية ، ولكنها بقيت مع هـذا مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه فى المسائل التى لم يتناولها التشريع . فقد جاء فى المذكرة التفسيرية « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة » .

٨٨ — ثانيا : مسائل الأحوال الشخصية :

كان المقصود بالأحوال الشخصية وتحديد مايدخل فيها من مسائل محل خلاف فى الفقه والقضاء .

وقد عرضت محكمة النقض لهذا البيان فقالت إن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات ، تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فالجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها »(١) .

كما عرضت له المادتان ١٣و١٤ من قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة١٩٤٩)، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب . فقالت المادة ١٣ : « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠.

بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالإدارة والغيبة ، وباعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت » . وقالت المادة ١٤ : « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك »(١) .

وفى ضوء هذا البيان نتكلم فى الهبة ، ثم فى الأهلية والولاية على المال ، ثم فى الميراث والوصية ، ثم فى المسائل المتعلقة بالأسرة .

٨٩ – (١) الهبة :

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض (م٤٨٦/١ مدنى) . وقد كانت معتبرة من الأحوال الشخصية ، ولكنها لاتعتبر الآن كذلك ، حيث عنى التقنين المدنى الحالى بإيراد أحكامها كاملة باعتبارها عقدا من العقود المالية . وقد استمد الشارع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا لهذه الأحكام .

وما دامت الهبة أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية ، فلا تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصدرا رسميا احتياطيا يلى التشريع مباشرة ، وإنما تأتى الشريعة بعد التشريع والعرف .

---

(١) وهذان النصان مأخوذان من المادة ١٠ من اتفاق مونترو .

٩٠ — (٢) الأهلية والولاية على المال :

الأهلية هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه ، أما الولاية على المال فصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر لا تتوافر له الأهليه لمباشرتها أو يوجد مانع من مباشرته إياها :

وتعتبر الأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التى أغفلتها التقنينات الأولى، فظلتا على ماكانتا عليه محكومتين بالشرائع الدينية . حيث يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع غير المسلمين لشرائعهم الدينية .

ولكن نظرا إلى عدم اتصال هذين الموضوعين بصميم الناحية الدينية، فقدوحد الشارع القواعد المتعلقة بهما بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف دياناتهم . فأصدر قانون المجالس الحسبية فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥، ثم استبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ، ثم استبدل بهذا الأخير فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال . وهذا بالاضافة إلى القواعد التى وردت فى هذا الخصوص فى التقنين المدنى الحالى :

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية الموحدة من الشريعة الإسلامية، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لتلك القواعد . وتعتبر هذه الشريعة كذلك مصدرا رسميا احتياطيا فى التشريع فى المسائل التى لا يوجد بشأنها قاعدة فى التشريع ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

٩١ — (٣) الميراث والوصية :

لم تعرض التقنينات المصرية للميراث والوصية باعتبارهما من مسائل الأحوال الشخصية كما قلنا ، وبذلك ظل الوضع بالنسبة إليهما كما كان عليه من قبل :

فالأصل أن الشريعة الإسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى شأن الميراث والوصية على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين باعتبارها الشريعة العامة : ولكن

يباح لغير المسلمين استثناء ، أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية فى هذا الشأن ، وذلك بشرطين : الأول هو اتحاد الخصوم فى الدين والملة ، والثانى هو اتفاق ذوى الشأن الذين يعتبرون ورثة فى حكم الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية فى خصوص الميراث والوصية هى الشريعة العامة ، وأن اختصاص الشرائع الدينية الأخرى فى هذا الشأن اختصاص استثنائى ، لأنه رهين بتراضى ذوى الشأن من غير المسلمين على الاحتكام لشريعتهم الدينية إذا اتحدوا فى الدين والملة (١) . وقد أصدر الشارع فى هذا المعنى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا ، حيث نص فى مادة وحيدة فيه على ما يأتى : « قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » :

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المواريث ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، واستمد أحكامهما من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لهذه الأحكام ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه فى المسائل التى لا يوجد بشأنها قاعدة فى هذين التشريعين .

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة فى الميراث والوصية هى هذان القانونان وما يكملهما من أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو المعنى الذى عبر عنه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ المشار إليها بقوله إن « قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا» . كما نصت المادة ١/٨٧٥ مدنى على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » . ونصت المادة ٩١٥

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى أول إبريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٧٤ رقم ٣٧ .

مدنى على أنه « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » .

فالشريعة العامة بهذا المعنى هى التى تسرى على جميع المصريين فى خصوص الميراث والوصية ، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . إنما يباح استثناء لغير المسلمين أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية بالشروط التى تقدم ذكرها .

٩٢ – (٤) المسائل المتعلقة بالأسرة :

يراد بهذه المسائل ذلك الفريق من مسائل الأحوال الشخصية الذى يتصل بصميم الناحية الدينية ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين المتبادلة ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والحضانة والنفقة .

وقد تركت هذه المسائل عند وضع التقنينات المصرية خاضعة للشرائع الدينية كما كان الحال من قبل. فالمسلمون يخضعون فى هذا الخصوص لأحكام الشريعة الإسلامية. أما غير المسلمين فيجب أن تفرق فى شأنهم بين حالتين : الحالة الأولى حين يتحد الخصوم فى الدين والملة ، وحينئذ يخضعون للقواعد الدينية الخاصة بهم ؛ بحيث لا يحل لهم التراضى على الاحتكام إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هى الشريعة الإسلامية . فى هذه الحالة يكون اختصاص الشريعة الدينية الخاصة بالخصوم ملزما لهم ، وليس رهينا باتفاقهم ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بمسائل وثيقة الاتصال بالناحية الدينية كما قلنا . والحالة الثانية حين يختلف الخصوم فى الدين أو الملة ، وحينئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أورد فيهما قواعد جزئية خاصة ببعض المسائل المتعلقة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين ، كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق . فأصبح المصدر الرسمى لهذه القواعد هو التشريع ، وصارت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا أو تاريخيا لها ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه فى الحالات التى لا يوجد بشأنها قاعدة

تشريعية . ويسرى هذا على المسلمين ، كما يسرى على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم فى الدين أو الملة .

أما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم فى الدين والملة فلا توجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية خاصة بالمسائل المتعلقة بالأسرة ، ولذلك يخضعون فى هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم كما قلنا .

٩٣ — خلاصة مجملة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصرى :

يخلص مما تقدم أنه بعد صدور التقنينات المصرية الأولى بقى الدين مصدرا رسميا للقانون المصرى فى مسائل الوقف والأحوال الشخصية .

ثم صدرت عدة تشريعات تناولت فريقا من هذه المسائل ، منها ما هو موحد بالنسبة إلى المصريين جميعا ، ومنها ما هو غير موحد ، فترتب على ذلك أن ضاق نطاق الدين كمصدر رسمى بقدر ما وضع من قواعد تشريعية .

وقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . أما الشرائع الدينية غير الإسلامية فاختصاصها استثنائى مقيد ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع . فهذه الشرائع لا تطبق إلا على غير المسلمين إذا اتحد الخصوم فى الدين والملة ؛ كما أنها لا تطبق فى هذا النطاق على وجه الإلزام إلا فى المسائل المتعلقة بالأسرة ، أما فى مسائل الميراث والوصية فإن تطبيقها يكون رهينا باتفاق الخصـــوم على الاحتكام إليها .

وقد كانت المحاكم الشرعية هى الجهة ذات الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين . فكانت تختص بالنظر فى مسائل الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية التى لم يتم توحيد قواعدها . وكانت المجالس الملية تختص بالنظر فى هذه المسائل الأخيرة بالنسبة إلى غير المسلمين بالشروط والقيود التى ذكرناها . ثم ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس الملية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

ولم يترتب على هذا الإلغاء تغيير فى الوضع السابق من حيث المصادر التى يرجع إليها فى مسائل الأحوال الشخصية . إذ أن المحاكم العادية التى آل إليها الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا ما زالت تقضى فى هذه المسائل بمقتضى الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى تبعا لديانة الخصوم فى الحدود التى رأيناها . فقد نصت المادة السادسة من قانون الإلغاء المشار إليه على أن « تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة(١) -أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » .

ومن ثم يكون المقصود بكون الدين مصدرا رسميا للقانون المصرى أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة التى يرجع إليها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فى كل مالم يتناوله التشريع بالتنظيم من مسائل الوقف والأحوال الشخصية، وأن الشرائع الدينية الأخرى لها اختصاص استثنائى مقيد حيث يرجع إليها فى الحدود التى ذكرناها .

وإنا لنأمل أن يتوحد قانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا كما توحد القضاء(٢) . وهناك الآن لجان تعمل للوصول إلى هذه الغاية .

وإذا كان للشريعة الإسلامية هذا الدور فى نطاق الأحوال الشخصية والوقف ،

---

(١) تنص هذه المادة على أن « تصدر الأحكام طبقا المدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » .

(٢) ويكفى التدليل على ضرورة وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل القواعد التى تسرى على المسلمين وغير المسلمين من المصريين أن نعرف أن الطوائف غير الإسلامية فى مصر ست عشرة طائفة ؛ وأن أكثر القواعد الدينية التى تطبق عليها غير مدون ، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين ، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت؛ مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين (المذكرة الإيضاحية لقانون إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية) .

فسنرى أنها فى غير هذا النطاق تنفرد بكونها مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه إذا لم توجد قاعدة فى التشريع أو العرف .

المبحث الثانى

العرف

٩٤ — عناصر الموضوع :

يقتضينا الكلام فى العرف أن نعرف أولا معناه ، وكيف تطور مركزه فى مختلف الشرائع بوجه عام ، وما يتصل بذلك من المزايا التى تنهض به والعيوب التى تؤخذ عليه. ثم نعرض لأركانه كى نقف على الشروط التى يلزم توافرها لقيامه ، وهو مايؤدى بنا إلى التفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية . ثم نتبين فى ضوء ماتقدم أساس قوته الملزمة . وأخيرا نحدد مدى الدور الذى يقوم به ، حيث يظهر مركزه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون المصرى ، كما يتضح نصيبه فى فروع القانون المختلفة .

المطلب الأول

التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

٩٥ — تعريف . تطور مركز العرف كمصدر رسمى للقانون فى مختلف الشرائع بوجه عام :

العرف La coutume ، كمصدر رسمى للقانون ؛ هو اعتياد الناس على سلوك معين فى ناحية من نواحى حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . ويطلق اصطلاح العرف كذلك على القواعد القانونية ذاتها التى تنشأ من اعتياد الناس على مثل هذا السلوك . فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر ، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التى تستمد من هذا المصدر .

والعرف بهذا المعنى هو أول مصدر رسمى للقانون ظهر فى تاريخ المجتمع البشرى كما سبق أن قلنا . فهو المصدر الذى توحى به الفطرة فى مجتمع بدائى . ولذلك كان له الشأن الأول فى المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية مايدعو السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحى النشاط فى المجتمع ، أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد التى تنظم الحياة فيها ،وظهرت إلى جانبه مصادر أخرى تهذب منه وتحل محله ، وهى الدين والقانون الطبيعى وخاصة التشريع . وهذه هى الحال فى الشرائع القديمة جميعها :

فقد بدأ القانون الرومانى مجموعة من القواعد العرفية . حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد فى الألواح الأثنى عشر المعروفة وأصبح التشريع إلى جانب العرف مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقه مصدرين رسميين كذلك فى المكانة الأولى من الأهمية فى نشوء القانون وتطوره .

وكان هذا أيضا هو شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية فى عصر الجاهلية خاضعة لمجموعة من العادات اصطبغ بعضها بصبغة الدين الوثنى ، وكانت قبائل متفرقة لايجمعها سلطان واحد ،حتى تهيأ لها طريق الوحدة العربية بظهور الرسالة المحمدية . ولما بعث النبى صلى الله عليه وسلم رسولا قل شأن العرف وقام الدين مصدرا رسميا للقانون . ومع ذلك فقد بقى العرف مصدرا للقانون فى الشريعة الإسلامية ، ولا يزال من المبادىء المقررة فى هذه الشريعة أن العادة محكمة ، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعى .

كذلك بدأ القانون الإنجليزى مجموعة من العادات التى تخضع لها القبائل الانجلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التى فتحت الجزيرة الإنجليزية فى القرن الحادى عشر . ولما تطورت المدنية الإنجليزية صار القضاء مصدرا رسميا للقانون إلى جانب العرف . ثم قام التشريع مصدرا آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين الرئيسيين فى الشريعة الإنجليزية فى الوقت الحاضر .

كما بدأ القانون الفرنسى القديم عرفا ، ثم امتزج به القانون الرومانى بعد الفتح

الرومانى ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالى يطبق العرف ، والقسم الجنوبى يطبق القانون الرومانى . ولما قويت الملكية فى فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون . وما زال التشريع يقوى حتى صدرت تقنينات نابليون فأصبح هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى .

ويتضح من هذه النظرة السريعة فى الشرائع القديمة وما صار إليه الأمر فى العصر الحديث أنه بقدر ماتتقدم الحياة الاجتماعية ويقوى سلطان الدولة تزداد أهمية التشريع فى وضع القواعد القانونية . وقدأصبح التشريع أهم مصدر رسمى للقانون فى أغلب الدول الحديثة ، وبقى العرف مصدرا احتياطيا يكمل مافى التشريع من نقص ، حيث يلتجأ إليه إذا لم تكن هناك قاعدة فى التشريع .

٩٦ — مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع :

فقد رأينا أن التشريع يؤخذ عليه أن قواعده قد تأتى غير ملائمة لظروف المجتمع ، وأنها إذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها ، فإن صبها فى نصوص مكتوبة يضفى عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذى يستجيب لمقتضيات هذ التطور(١) .

أما العرف فإنه يتكون مما جرى الناس عليه فى معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية ، ومن ثم تتميز قواعده بأنها تعبر أصدق تعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع فى تنظيم علاقاتهم ، فتكون بحكم نشأتها على هذا النحو ملائمة للظروف الاجتماعية . كما تؤدى هذه الطريقة ذاتها فى نشوء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف فى المجتمع ، فتظل على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٢ .

٩٧ – عيوب العرف :

تقابل عيوب العرف مزايا التشريع ، وهى كثيرة :

(١) فقد رأينا أن التشريع يمكن سنه بسرعة وسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة فى المجتمع ، كما يمكن المسارعة إلى تعديله كى يساير التطور فى الحياة الاجتماعية . أما العرف فإنه يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يتوفر له الاستقرار والثبات . فهو أداة بطيئة فى تكوين القواعد القانونية ، بحيث يقصر عن تزويد الجماعة فى العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد لمواجهة حاجاتها المتجددة بالسرعة الواجبة .

(٢) ويمتاز التشريع بأنه يوضع فى نصوص مكتوبة ، فتأتى قواعده فى صياغة محكمة تكفل الاستقرار والأمن فى التعامل وتساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم . أما العرف فإن قواعده تتكون تدريجيا ، كما ينقصها الوضوح والتحديد، ولذلك قد يصعب التثبت من وجود القاعدة ، أو التحقق من مضمونها ، مما ينافى الاستقرار والأمن فى المعاملات .

(٣) ويعتبر التشريع أداة لتوحيد النظام فى الدولة ، إذ أن قواعده تنفذ فى كل إقليم الدولة ، فتكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية . بينما العرف أكثره محلى ، ولذلك فهو يؤدى إلى تعدد النظم فى الدولة الواحدة ، الأمر الذى يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها .

(٤) ويصلح التشريع أداة لتطوير المجتمع ، حيث يمكن من إدخال النظم والأخذ بالمبادىء التى ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيئتهم(١) . أما العرف فإنه يمثل نزعة المحافظة على القديم بما تنطوى عليه من حب التقاليد والحرص على المألوف ، بحيث لا يكون التخلص منه أمرا يسيرا . ولذلك فهو لا يتيح الفرصة للأخذ بالأفكار الجديدة التى يرى فيها المصلحون خيرا للجماعة إلا بعد زمن طويل .

على أن هذه المقارنة بين العرف والتشريع ، إن كانت تدل دلالة واضحة على تخلف مرتبة العرف بالنسبة إلى التشريع فى أغلب القوانين الحديثة ، فإنها لا تعنى إمكان

---

(١) انظر فيما تقدم تفصيلا لمزايا التشريع فقرة ٦١ .

الاستغناء عن العرف كمصدر رسمى للقانون . إذ أن النقص فى التشريع أمر لا سبيل إلى ملاقاته بحكم طبيعة الأشياء كما قدمنا ، ولهذا فإن العرف مصدر لا غنى عنه ، حيث يكمل ما فى التشريع من نقص ، كما يعاونه فى تحديد المعايير التى يعجز عن تناولها بسبب مالها من طابع خاص يوجب تركها للظروف أو البيئة . وسنرى تفصيلا لذلك عند الكلام فى الوظائف التى يقوم بها العرف .

المطلب الثانى

أركان العرف

٩٨ — ركناه للعرف :

رأينا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين فى ناحية من نواحى حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بها ملزمة .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم على ركنين : ركن مادى ، وهو اعتياد الناس على سلوك معين . وركن معنوى ، وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التى نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة .

٩٩ — الركن المادى : الاعتياد :

قوام الركن المادى للعرف هو اعتياد الناس على نوع من السلوك فى خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية . حيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم لسلوك معين واطراد العمل به . فهى عادة لا تفرضها سلطة معينة كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة كما هى الحال بالنسبة إلى القواعد التى يستقر عليها القضاء أو الفقه ، وإنما تنشا مما يختطه الأفراد لأنفسهم من قواعد فى ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عددا قليلا من الأشخاص يسلكون طريقة معينة فى تنظيم أمر يعنيهم بوحى من عقولهم وعلى هدى الظروف التى تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم

غريزة حب التقليد ، والميل إلى ما هو مألوف ، وإيثاره على غير المعروف . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها فى النفوس .

ومن ثم يشترط فى العادة usage التى يقوم عليها الركن المادى للعرف ما يأتى :

(١) فيجب أن تكون العادة عامة . ويرجع هذا الشرط إلى خاصة التجريد والعموم التى تثبت لكل قاعدة قانونية ، حيث يجب فى العرف أن يكون عاما بهذا المعنى . ومن هذا ينبغى ألا تكون العادة قاصرة على أشخاص معينين بالذات ، وإنما تتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم . كما ينبغى أن يسود اتباعها لدى الأغلبية من الأفراد فى النطاق الذى تنطبق فيه . فقد تكون شاملة لكل إقليم الدولة . وقد تقتصر على جهة معينة من هذا الإقليم ، فيكون العرف حينئذ محليا . وقد تقتصر على طائفة محدودة من الأشخاص يزاولون مهنة معينة كالتجار والمزارعين ، فيكون العرف حينئذ مهنيا أو طائفيا . بل إنها قد تقتصر على شخص واحد كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات ، إذ ينشأ فى هذه الحالة عرف يخوله إصدار مثل هذه القرارات . ففى كل هذه الصور لا يتحتم أن يتبع العادة جميع الأفراد الذين يعنيهم حكمها فى النطاق الذى نشأت فيه ، بل يكفى أن يسود اتباعها لدى الأغلبية منهم .

٢ — ويجب أن تكون العادة قديمة . بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها مدة هى من الطول بحيث تدل على رسوخ أثرها فى النفوس وقيام عرف مستقر على أساسها . وليست هناك مدة محددة فى هذا الشأن ، فهى تختلف باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره فى حياة الأفراد ، ولذلك يقدرها القاضى بحسب الظروف .

٣ — ويجب أن تكون العادة ثابتة . ويراد بذلك أن يطرد اتباعها بطريقة منظمة على نحو يتوفر فيه معنى الاستقرار . فلا يتبعها الناس فى أوقات ويعدلون عنها فى أوقات أخرى . على أن هذا لا يعنى أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفى لنفى الثبات عنها . فالعبرة فى هذا الشأن بغلبة اتباعها فى أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضى كما هى الحال فى شرط القدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان فى استقرار العرف .

٤ — ويشترط أخيرا ألا تكون العادة مخالفة للنظام العام أو الآداب فى المجتمع : إذ أن العرف الذى ينطوى على هذه المخالفة لا يكون قانونا(١) .

ويصدق هذا الشرط على إطلاقه بالنسبة إلى العرف المحلى، وكذلك العرف المهنى أو الطائفى . فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر فى الجماعة بأسرها من مبادىء متعلقة بالنظام العام والآداب ، سواء كانت هذه المبادىء مقررة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الناس فى كل إقليم الدولة فلا يتصور أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب إلا إذا كان يتعارض مع نص تشريعى آمر ، إذ فى هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف الشامل ، وقد تكون فى ضمير الجماعة بأسرها ، قد ساهم فى تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب ، وهى فكرة مرنة متطورة كما سبق أن رأينا ، مما لا يتصور معه اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب فى الجماعة .

١٠٠ — الركن المعنوي : عقيدة الالزام :

لا يكفى لقيام العرف أن تتكون العادة بالشروط التى ذكرناها ، بل يجب كذلك أن يتوفر الركن المعنوى للعرف ، بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الناس بأن هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادى توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها، شأنها فى ذلك شأن القاعدة التشريعية سواء بسواء .

ويتكون هذا الاعتقاد تدريجيا ، حتى يأتى الوقت الذى يصبح فيه أمرا محققا . ولذلك فإنه فى مرحلة هذا التكوين قد يختلف الشراح والمحاكم فى أن عادة معينة قد أصبحت عرفا ، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف ثم يعود

---

(١) وتطبيقا لذلك نصت المادة ٣٤ من الدستور على أن « حرية الاعتقاد مطلقة ، وتحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية، على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافى الآداب» .

كما أن القوانين الخاصة بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء وواحة سيوة ، والواحات الداخلة والخارجة والبحرية ، تعتد بالعرف الموجود فى هذه الجهات وتجعل له الأفضلية على التشريع ، ولكنها تشترط فى الأخذ به أن يكون مطابقا للعدالة والآداب والحقوق الطبيعية .

بعد ذلك فيعتبرها عرفا . فإذا جاء الوقت الذى يسود الاعتقاد فيه بأن هذه العادة أصبحت ملزمة ، صارت عرفا لا سبيل إلى الجدل فيه .

فالذى يميز العرف عن العادة بالمعنى الذى قدمناه هو هذا الركن المعنوى . فطالما لم يقم فى ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة ، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفا ، أى لا تكون قانونا ملزما (١) .

ويلاحظ أن هناك فريقا من العادات ينشأ بين الناس على سبيل المجاملة ، كتبادل الهدايا فى مناسبات معينة وتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة ونحو ذلك . ومثل هذه العادات لا تعنينا فى هذا المقام ، إذ لا صلة لها بالعلاقات القانونية بين الناس ، فهى من قبيل المجاملات التى لا يتصور شعور الناس بالالزام إزاءها .

أما العادة بالمعنى المقصود فى هذا المقام فهى التى تتصل بالعلاقات القانونية بين الأفراد بحيث يقوم عليها الركن المادى للعرف كما قلنا . وقد رأينا أنها تنشأ من اتباع الأفراد لها فى معاملاتهم ، ولذلك يقال لها العادة الاتفاقية . وسنفرق الآن بينها وبين العرف ، ثم نتبين النتائج التى تترتب على هذه التفرقة .

١٠١ — التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

إن الذى يميز العرف عن العادة هو أن العرف يجتمع له الركنان المادى والمعنوى ، أما العادة فلا يتوفر لها سوى الركن المادى . فالعرف تثبت له قوة الإلزام باعتباره

---

(١) قد يقع خلط أحيانا بين العرف والعادة . وقد ساعد على هذا الخلط أن الشارع نفسه استعمل أحيانا لفظ العادة بمعنى العرف الملزم ، واستعمل أحيانا أخرى لفظ العرف بمعنى العادة التى لم ترق بعد إلى مرتبة العرف .

ولكن التعبير الصحيح الذى يجمع عليه الفقه أن لفظ العرف coutume يطلق على القاعدة القانونية الملزمة ، وأن لفظ العادة usage يطلق على القاعدة التى لم ترق بعد إلى مرتبة العرف لافتقارها إلى عنصر الإلزام . ويؤيد ذلك أن الشارع نفسه استعمل لفظ العرف عندما عدد المصادر الرسمية القانون فى المادة الأولى من التقنين المدنى .

قاعدة قانونية ، بينما تفتقر العادة إلى هذه القوة . ومؤدى هذا أن العرف ينطبق فيلتزم به الأفراد إذا توافرت شروط انطباقه كما هو الشأن فى أية قاعدة قانونية ، دون أن يتوقف ذلك على إرادتهم . أما العادة فلا تكون لها هذه القوة الذاتية فى الالزام ، لأنها ليست قاعدة قانونية ، ومن ثم لا يلتزم بها الأفراد إلا حين يريدون ذلك باشتراطها فى معاملاتهم صراحة أو ضمنا ، وحينئذ تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل بمقتضاها . ولهـــذا جرى الاصطلاح على تسميتها بالعادة الاتفاقية usage Conventionnel

ومن أمثلة العادة ما تجرى به العادة بين تجار الفاكهة عند البيع بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين إلى غير ذلك بحسب نوع المبيع واختلاف المناطق . وما تجرى به العادة فى بعض المحال العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهى من قيام العملاء بدفع وهبة (بقشيش) بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة فى هذه المحال ، وإن كانت هذه العادة قد بدأت تتحول إلى عرف . وما تجرى به العادة من أنه إذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثانى بادارة الأعمال ، فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قام بادارة الأعمال .

ويلاحظ أن القواعد التى ينشئها العرف ، كغيرها من القواعد القانونية ، قد تكون قواعد آمرة ، وقد تكون قواعد مكملة . ومن أمثلة القواعد العرفية الآمرة الحقوق التى كانت ثابتة للأجانب فى مصر بمقتضى العرف قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية . وكذلك حق الزوجة فى بعض البلاد ، كفرنسا ، فى أن تسمى بلقب زوجها . ومن أمثلة القواعد العرفية المكملة اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين فى مصر . وكذلك العرف الموجود فى شبه جزيرة سيناء والواحات .

وقد رأينا أن القاعدة القانونية المكملة هى التى يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها ، فهى تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذى تقرره . ومن هذا يتبين الفارق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية المكملة . فالعادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ،

ولهذا قلنا إنها تستمد قوتها الملزمة من اتفاقهما على العمل بمقتضاها . بينما القاعدة المكملة لا تلزم المتعاقدين إلا إذا لم يتفقا على ما يخالف حكمها ، إذ أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة كما سبق أن فصلنا(١) . فإذا وجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم المسألة التى تعنيهما ، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو كان ضمنيا يستفاد من ظروف التعاقد ، وجب الأخذ بهذا الاتفاق فى جميع الأحوال . وإذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن العادة لا يؤخذ بها ، أما القاعدة المكملة فيجب تطبيقها .

وهناك حالات يحيل فيها الشارع بمقتضى النص على العادة الاتفاقية ، فيرفعها بذلك إلى مرتبة العرف الملزم ، حيث تصبح كالقاعدة المكملة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها . فى هذه الحالة لا يكون تطبيق العادة رهينا بإرادة الطرفين المتعاقدين ، وإنما تطبق إذا لم يتفقا على خلاف ما تقضى به سواء اتجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى شىء من ذلك ، شأنها فى هذا شأن القاعدة القانونية المكملة . إذ أن العادة حينئذ لا تستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين المتعاقدين ، بل تستمد هذه القوة من نص القانون .

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٢٣٢ مدنى من أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . وما نصت عليه المادة ١٠١٩ مدنى من أنه « تخضع حقوق الاتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة والأحكام الآتية » . ويلاحظ أن المقصود بالعرف فى هاتين المادتين الأخيرتين هو العادة الاتفاقية .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

١٠٢ – نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

تقوم التفرقة التي ذكرناها بين العرف والعادة الاتفاقية على أساس أن العرف قاعدة قانونية ، بينما العادة مجرد قاعدة ألفها الناس في التعامل ، فلا تكون ملزمة لهم إلا باعتبارها شرطا يرد صراحة أو ضمنا في التعاقد . ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) فما دام أن العرف قانون فيجب على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه . إذ أن تطبيق القانون من واجب القاضي ، فلا يلزم أن يطلب منه ذلك من له مصلحة من الخصوم . أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطا من شروط العقد ، ولذلك ينبغي أن يتمسك بها من له مصلحة من الخصوم حتى يطبقها القاضي .

(٢) ويرتبط بهذه النتيجة أن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف ، إذ أن تطبيق القانون من عمل القاضي وحده ، والقاضي مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون فلا يكلف أحد باثباته . ولهذا يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع ، إذ أن من واجبه أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد لا يفترض علم القاضي بها . ولهذا يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها .

(٣) ويطبق العرف سواء علم به الخصوم أو لم يعلموا به ، حيث لا يجوز الاعتذار بجهل أحكام القانون . أما العادة فإنها لا تطبق إلا على أساس انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها ، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يكونا على علم بها ، فإذا جهلها أحدهما أو كلاهما فلا تطبق ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى التقيد بها »

(٤) ويخضع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، إذ أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة تطبيق القانون . أما العادة فهي من قبيل الواقع الذي يكون التقدير فيه لقاضي

الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فى تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها . وسنفصل هذه المسألة فى الفقرة التالية .

١٠٣ — الاثبات ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالعرف والعادة الاتفاقية :

لكى يتضح ما هنالك من فارق فى هذا الشأن بين العرف والعادة الاتفاقية يجدر أن نشير إلى التفرقة بين القانون والواقع فى الدعوى . فالادعاء بحق أمام القضاء يثير البحث فى عنصرين : الأول هو وقائع الدعوى، وهذه يطالب المدعى بإثباتها، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع؛ فلايخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثانى هو القانون الذى يطبق على ماثبت لدى القاضى من وقائع، وهذا التطبيق من عمل القاضى وحده ؛ فلا يكلف الخصم باثبات فى هذا الخصوص ، ويخضع القاضى فى هذا التطبيق لرقابة محكمة النقض . فمثلا إذا رفع المشترى على البائع دعوى بتسليم المبيع ، كان على المشترى أن يثبت عقد البيع ، وهذه مسألة موضوعية يقرها القاضى أو ينفيها بحسب ما يتوافر لديه من الأدلة دون أن يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض . فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضى وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية التى تفرض على البائع التزاما بتسليم المبيع ، وهذه القاعدة لا يكلف الخصم بإثباتها ، ويخضع القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض .

وتطبيقا لهذا قلنا إن الخصم لايكون عليه أن يثبت العرف لأنه قانون ، والقاضى مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون ، ومن واجبه أن يطبقه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، لافرق فى ذلك بين قاعدة تشريعية وقاعدة من قواعد العرف ، فهو يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد تعتبر من قبيل الواقع ، فيكون على الخصم الذى يتمسك بها أن يثبتها كما يفعل فى سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية ، فهو يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها .

على أن ثمة اعتبار عملى يفرق بين العرف والتشريع فى هذا الخصوص : فالتشريع نصوص مدونة يسهل التعرف عليها : أما العرف فقانون غير مكتوب ، وقد يكون من

العسير على القاضى أن يحيط به ولاسيما إذا كان عرفا محليا أو طائفيا يختلف باختلاف الجهات والمهن ، ولهذا فإن من مصلحة الطرف الذى يتمسك به أن يقوم باثباته ، كما أن القاضى يستطيع أن يطلب منه هذا الاثبات . ولكن ليس من شأن هذا الاثبات أن يجعل العرف فى منزلة الواقعة التى تفتقر إلى الإثبات ، إذ يظل على الرغم من ذلك قانونا لايطالب الخصم بإثباته . وآية ذلك أن القاضى إذا كان يلم بالعرف فإنه يأخذ به من تلقاء نفسه ، وإذا لم يكن ملما به كان فى وسعه أن يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، دون أن يتقيد فى هذا بالأوضاع التى يخضع لها إثبات الوقائع .

كذلك قلنا تطبيقا لما تقدم إن تطبيق العرف يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه قانون ، أما العادة الاتفاقية فهى من قبيل الواقع الذى يكون التقدير فيه لقاضى الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فى تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها .

وقد أدى الاعتبار العملى الذى ذكرناه إلى وجود خلاف فى الفقه حول مدى خضوع القاضى لرقابة محكمة النقض فى التثبت من وجود العرف وفى تطبيقه . فذهب رأى إلى أن التثبت من قيام العرف يترك أمره لقاضى الموضوع ، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض . وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ، فقضت بأن تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها(١) . ولكن الرأى الذى نراه صوابا ، وهو رأى جمهور الفقه ، أن قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض سواء فى التثبت من قيام العرف أو فى تطبيقه له . وهذا هو النظر السليم الذى يتفق مع كون العرف قانونا . وقد قيل لتبرير عدم رقابة محكمة النقض لأمر التثبت من وجود العرف ، إن هذه الرقابة تؤدى بمحكمة النقض إلى البحث فى الوقائع الاجتماعية التى ساهمت فى تكوين العرف . مع أن قاضى الموضوع لا يخضع لسلطة هذه المحكمة فى تقديره للوقائع .

---

(١) نقض مدنى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٥٧ ، المحاماة ٣٨ — ٥٤٣ — ٢٤٢ .

ويلاحظ على هذا التبرير أن الوقائع التى يمتنع على محكمة النقض أن تخوض فيها هى وقائع النزاع فى الدعوى المعروضة عليها ، وهى الوقائع التى يجرى تطبيق القانون عليها ، أما الوقائع الاجتماعية التى أدت إلى قيام العرف فهى بعيدة عن هذا النطاق . وقد قلنا إن الصعوبة العملية التى يتعرض لها قاضى الموضوع فى تقصى وجود العرف ، إذا كانت تبيح له أن يطالب الخصم بإثباته ، فليس من شأنها أن تؤدى إلى تجاهل الاعتبارات القانونية التى تخول محكمة النقض أن تبسط رقابتها فى هذا الشأن . ولا وجه لأن نفرق فيما يتعلق بهذه الرقابة بين التثبت من وجود العرف وتطبيقه ، إذ أن رقابة محكمة النقض على صحة تطبيق العرف ، وقد أصبحت أمرا مسلما ، تقتضى حتما أن تتحقق ابتداء من وجود هذا العرف . فلها أن تعقب على قاضى الموضوع إذا طبق عرفا غير قائم . كما أن لها أن تعقب عليه إذا أغفل عرفا قائما ، سواء تمسك به الخصم أو لم يتمسك(١) ، وسواء نجح فى إثباته أو لم ينجح ، وسواء فطن القاضى إليه أو لم يفطن .

المطلب الثالث

أساس القوة الملزمة للعرف

١٠٤ – يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الجماعة :

منذ أن صارت للتشريع الغلبة على العرف بين المصادر الرسمية للقانون ثار البحث فى أساس القوة الملزمة للعرف لمعرفة مركزه بالنسبة إلى التشريع من حيث قدرته على خلق القواعد القانونية .

فذهب رأى قديم إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشارع الضمنية . فما دام الشارع لا يعترض على العرف الذى يتكون فى المجتمع فإن هذا يعنى أنه قد رضى به رضاء ضمنيا . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الشارع الضمنية ، بينما

---

(١) قارن حكم محكمة النقض المشار إليه (١٨ أبريل سنة ١٩٥٧) .

يستمد التشريع هذه القوة من إرادة الشارع الصريحة . ويلاحظ على هذا الرأى أن العرف سابق فى وجوده على التشريع . كما أن إرادة الشارع فى حقيقتها ليست إلا تعبيرا عن إرادة الجماعة . فسواء كان الشارع هيئة معينة ، أو حتى فردا واحدا ، فإنه ليس سوى أداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن إرادتها فى نصوص تشريعية .

وذهب رأى آخر إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعى . وذلك استنادا إلى أنه سابق فى وجوده على التشريع ، بدليل ما كان عليه الحال فى الجماعات القديمة . فهو ينشأ ويتطور فى ضمير الجماعة نتيجة لعوامل مختلفة ، دون أن تتدخل فى خلقه وتطوره سلطة خارجية .

وهناك من يرى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم . فإذا اطردت أحكام المحاكم واستقرت على قاعدة معينة أصبحت هذه القاعدة عرفا ملزما . أى أن هذه الأحكام هى التى تخلق العرف وتعطيه القوة الملزمة . ولا يقدح فى هذا القول أن يكون القضاء فى أخذه بقاعدة عرفية قد استلهم الاتجاهات والأفكار السائدة فى الجماعة ، إذ أنه باطراده واستقراره على هذه القاعدة هو الذى يخلع عليها وصف القاعدة القانونية الملزمة . ويؤخذ على هذا النظر أن العرف يتكون مما يختطه أفراد المجتمع فيما بينهم ويجرون على اتباعه إلى أن يرسخ أثره فى نفوسهم ويتولد لديهم الاعتقاد بأنه ملزم لهم . وإذا كان للقضاء فضل لا ينكر فى تحديد مضمون العرف ، وفى تأكيد قوته الملزمة ، فإن هذا لا يعنى أنه ينشئ العرف أو يعطيه هذه القوة . وحتى فى الحالات التى يهيئ فيها القضاء لقيام عرف باستقراره على معنى واحد ، فإن العرف لا يوجد حينئذ إلا بعد أن يجرى الناس على اتباعه ويقوم الاعتقاد لديهم بأنه ملزم . فالعرف قانون ملزم قبل أن تطبقه المحاكم ، وما تطبيق المحاكم لقواعده إلا تقرير لصفتها القانونية .

كما يذهب رأى آخر فى الفقه الحديث إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده لتنظيم المجتمع . فالثبات اللازم للروابط بين الأفراد يقضى بأن تكون القاعدة العرفية ملزمة . كما أن الأخذ بهذه القاعدة يتفق مع غرائز الإنسان الطبيعية التى تتمثل فى احترام العرف الثابت . هذا إلى أنها بحسب شروطها ترضى المصالح المتعارضة التى كثيرا ما يقصر التشريع عن التوفيق بينها .

ويلاحظ على هذا الرأى أن ضرورة العرف لتنظيم المجتمع إنما هى التى تبرر اعتباره مصدرا للقواعد القانونية ، وليست هى التى تعطيه القوة الملزمة .

وفى ضوء هذا كله ننتهى إلى أن الرأى الذى نعتقد فى سلامته هو الذى يذهب إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إراده الجماعة . فثمة واقعة ثابتة لاجدال فيها ، وهى أن العرف كان المصدر الرسمى للقانون فى الأزمنة القديمة ، فهو سابق فى وجوده على الدين والتشريع ، ولهذا قلنا إنه أول مصدر رسمى للقانون ظهر فى تاريخ المجتمع البشرى . كما أن العرف يتكون من اعتياد الناس تدريجيا على سلوك معين يختطونه لأنفسهم فى تصرفاتهم حتى يسود بينهم ويستقر أثره فى نفوسهم . وهذان الأمران يدلان دلالة واضحة على أن العرف يستند فى قوته الملزمة إلى الإرادة الجماعية لأفراد المجتمع . فهو بهذا تعبير مباشر عن إرادة الجماعة ، بينما التشريع تعبير غير مباشر عن هذه الإرادة ، إذ أن إرادة الشارع تستمد قوتها كما قلنا من إرادة الجماعة . فأساس القوة الملزمة للعرف هو بعينه أساس القوة الملزمة لأية قاعدة قانونية أخرى . فالقاعدة القانونية أيا كان مصدرها إنما تستمد قوتها الملزمة من إرادة الجماعة . وليست المصادر الرسمية للقواعد القانونية إلا وسائل للتعبير عن هذه الإرادة .

وإذا كان الشارع فى المادة الأولى من التقنين المدنى يعترف بالعرف كمصدر رسمى للقانون ، فإنه لايضيف بهذا الاعتراف أمرا جديدا فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعرف ، إذ أن هذه القوة تتوفر للعرف دون حاجة إلى ذلك الاعتراف . غاية الأمر أن الشارع فى هذا النص حدد مرتبة العرف باعتباره مصدرا احتياطيا يكمل مافى التشريع من نقص ، بحيث لايلتجأ إليه إلا إذا لم تكن هناك قاعدة فى التشريع . وسنرى أن للعرف وظائف أخرى غير ذلك يصرح بها الشارع فى النص فى حالات معينة .

المطلب الرابع
دور العرف فى القانون المصرى

١٠٥ — مكانة العرف في القوانين الحديثة :

يتبين لنا مما تقدم أن العرف فى الأزمنة القديمة كان المصدر الرسمى للقانون الذى لايزاحمه مصدر آخر . ثم ظهر الدين بعد ذلك فأخذ يهذب منه ويحل محله . ولما سارت المجتمعات فى طريق التقدم وزاد النشاط فيها وتعقدت الروابط الاجتماعية ظهر التشريع كأداة ضرورية للوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد اللازمة فى هذا الشأن . وما زالت تزداد أهمية التشريع حتى احتل مكان الصدارة بين مصادر القانون فى أغلب القوانين الحديثة ، بل إنه أخذ يطغى على ماعداه من مصادر إلى حد كبير .

ومع ذلك فقد بقى العرف مصدرا لاغنى عنه فى هذه القوانين . فهو وإن أصبح فى المرتبة الثانية بعد التشريع ، إلا أن وجوده كمصدر احتياطى يكمل مافى التشريع من نقص أمر حتمى . فقد رأينا أن النقص فى التشريع لا تمكن ملافاته ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التى تجعل إحاطة الشارع بكل شىء أمرا متعذرا ، وبحكم التطور الذى لايقف عند حد فيؤدى إلى خلق صور من العلاقات لم تخطر للشارع على بال .

وهذا هو شأن العرف فى القانون المصرى ، فضلا عن وظائف أخرى نعرض لها فيما يلى .

١٠٦ — مركز العرف بالنسبة إلى التشريع فى القانون المصرى :

الوظيفة الأساسية للعرف هى تكملة النقص الموجود فى التشريع . وعلى هذا النحو يأتى العرف فى المرتبة الثانية بعد التشريع ، فإذا لم يجد القاضى قاعدة تشريعية يطبقها على النزاع المعروض عليه التجأ إلى العرف .

يضاف إلى ذلك أن الشارع قد يعرض لمسألة معينة ، فيستعين فى القاعدة التى

يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة ، كتنظيم هذه المسألة من أساسها ، أو تحديد بعض المعايير المرنة فى شأنها ، أو تفسير نية المتعاقدين .

كما أن الشارع قد يرى فى بعض الحالات أن القاعدة العرفية أكثر ملاءمة من القاعدة التشريعية ، فيضع هذه الأخيرة ولكنه يجعل للقاعدة العرفية الأفضلية عليها إن وجدت . وهذا يثير البحث فى مدى قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء التشريع .

فهذه وظائف ثلاث للعرف نعرض لها فيما يلى ، فنتكلم فى العرف المكمل للتشريع ، ثم فى العرف المعاون له ، ثم فى العرف المخالف له .

١٠٧ — العرف المكمل للتشريع :

يأتى العرف فى المرتبة الثانية بعد التشريع لإكمال ما فيه من نقص . وتقول المادة الأولى من التقنين المدنى فى هذا المعنى : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . . » . كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين : « الواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إذا افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء(١) » .

وعلى هذا النحو يعتبر العرف فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا يلجأ إليه القاضى إذا أعوزته قاعدة فى التشريع . وعلى الرغم من إطلاق العبارة الواردة فى المذكرة الايضاحية فإن العرف لا يعتبر مصدرا لقواعد القانون الجنائى ، حيث لا جريمة ولا عقوبة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ح ١ ص ١٨٧ و ١٨٨ .

إلا بنص . أما فى سائر فروع القانون الأخرى فيعتبر العرف مصدرا رسميا ، وإن كان نصيبه يختلف باختلاف هذه الفروع كما سترى .

١٠٨ — العرف المعاون للتشريع :

قد يعرض الشارع لمسألة معينة ، فيستعين فى القاعدة التى يضعها بالعرف لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو أقدر على تحقيقها ، كما يتضح مما يأتى :

١ — فهناك حالات يترك فيها الشارع للعرف تنظيم المسألة التى يعرض لها فى النص.

من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدنى من أن «الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى» . ففى هذا النص ترك الشارع تحديد طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى للعرف التجارى .

٢ — وفى حالات أخرى يستعين الشارع بالعرف فى تحديد بعض المعايير المرنة التى يتخذها فى القاعدة المنصوص عليها .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٨ فقرة ثانية مدنى من أنه «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام» . فالالتزامات التى تترتب على العقد باعتبارها من مستلزماته، ولو لم ترد فيه، يستعين الشارع فى تحديدها بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه «يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» . فتحديد ملحقات الشىء وما أعد بصفة دائمة لاستعماله يستعين الشارع فيه بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٤٨ مدنى من أنه «لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه» . فالبائع يلتزم نحو المشترى بضمان ما فى المبيع من عيوب خفية تنقص من قيمته أو نفعه ، وذلك فيما عدا العيوب البسيطة ، وهذه يستعان فى تحديدها بالعرف .

(٣) كما يستعين الشارع بالعرف فى تفسير نية المتعاقدين .

من ذلك ماتنص عليه المادة ١٥٠ فقرة ثانية مدنى من أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات » .

وما تنص عليه المادة ٩٥ مدنى من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عندعدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ».

ويلاحظ أن الإحالة فى هذين النصين واردة على عادة اتفاقية لم ترق إلى مرتبة العرف الملزم، إلا أن الشارع بهذه الإحالة الصريحة رفعها إلى مرتبة العرف ، فأصبحت كالقاعدة المكملة يجب تطبيقها مالم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها (١) .

١٠٩ — مدى قدرة العرف على مخالفة التشريع أو إلغائه :

رأينا أن القاعدة ، بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدنى ، أن العرف لايطبق فى مسألة معينة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة . ومقتضى هذا أنه لايجوز أن يخالف العرف التشريع أو يلغيه .

ويؤيد هذا فيمايتعلق بعدم جواز إلغاء العرف للتشريع مانصت عليه المادة الثانية من التقنين المدنى من أنه « لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ... » . كما تقول المذكرة الإيضاحية فى هذا المعنى : « وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق »(٢) :

---

(١) انظر ماقلناه فى هذا المعنى فيما تقدم فقرة ١٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١٩٦ .

أما فيما يتعلق بعدم جواز مخالفة العرف للتشريع فإن الشارع قد يرى فى بعض الحالات أن يضع قاعدة مكملة ، ولكنه يفضل عليها القاعدة العرفية إن وجدت :

من ذلك ماتنص عليه المادة ٤٥٦ فقرة أولى مدنى من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » :

وما تنص عليه المادة ٤٥٧ فقرة أولى مدنى من أنه « يكون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

وماتنص عليه المادة ٤٦٣ مدنى من أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا مايقتضيه النقل من زمن » :

وما تنص عليه المادة ٤٦٤ مدنى من أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٦٥٦ مدنى فى خصوص عقد المقاولة من أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » :

فى مثل هذه الحالات يؤخذ بالاتفاق إن وجد ، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية . ويلاحظ أنه إذا كانت القاعدة العرفية يؤخذ بها فى هذه الحالات رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية ؛ فإن هذا لايعنى أنها تلغى القاعدة التشريعية ، بل يقتصر أثرها على استبعاد تطبيقها : إذ أن التشريع لايجوز إلغاؤه إلا بتشريع مثله كما قلنا ، كما لا يجوز أن يلغى العرف التشريع لأنه أدنى منه مرتبة .

وفى غير هذه الحالات الاستثنائية التى أشارت النصوص فيها بترجيح العرف على بعض القواعد التشريعية المكملة ، لايجوز أن ينشأ عرف يخالف التشريع :

فالقاعدة التى تقضى بأنه لايجوز أن يخالف العرف التشريع قاعدة مطلقة بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة ، ولا يرد عليها استثناء بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة إلا فى الحالات التى وردت فى مثل النصوص التى ذكرناها .

وقد حسب البعض أن القاعدة لاتنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة ،

حيث يجوز أن ينشأ عرف يخالف هذه القواعد حتى فى غير الحالات المنصوص عليها ؛ لكن يلاحظ على هذا الرأى أنه يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة الأولى من التقنين المــدنى . فإذا وجدت فى المسألة الواحدة قاعدة تشريعية وأخرى عرفية طبقت الأولى دون الثانية .

كما حسب البعض أن القاعـدة لاتنطبق فى القانون التجارى بالنسبة إلى القواعد المـكملة . لكنا نلاحظ هنا أن المقصود فى نطاق هذا القانون هو العادات الاتفاقية التى لم تبلغ بعد مرتبة العرف الملزم ، وهذه يؤخذ بها على أساس كونها شرطا ضمنيا فى العقد يستخلص الاتفاق عليه من ظروف التعاقد ، حيث يجوز الاتفاق على مايخالف القاعدة المـكملة .

كذلك يرى البعض أن القاعدة لاتنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة فضلا عن القواعد المـكملة ، إذا كانت القواعد الآمرة لاتتصل بمصالح الدولة الأساسية ، ولا سيما فيما يتعلق بالعرف التجارى . وذلك استنادا إلى ماتنص عليه المادة ٢٣٢ مدنى من أنه « لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المـال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . فهذا النص يجيز أن يخالف العرف التجارى نصا آمرا فى القانون المدنى لايتصل بمصالح الدولة الأساسية . ولذلك رأى فريق الاعتراف بهذه القدرة للعرف التجارى ، ورأى فريق آخر أن هذه القدرة تثبت للعرف المدنى كذلك أسوة بالعرف التجارى . ويؤخذ على هـذا الرأى أن النص المذكور لايورد استثناء على القاعدة . ذلك أن الأخذ بقاعدة عرفية فى القانون التجارى رغم مخالفتها لقاعدة تشريعية آمرة فى القانون المدنى لايعنى تغليب العرف على التشريع ، إذ لكل من القاعدتين نطاقها الذى تنطبق فيه . فالقانون المدنى ، باعتباره الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، لاتنطبق قواعده فى خصوص مسألة تدخل فى نطاق القانون التجارى إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تجارية تحكم هذه المسألة . بحيث إذا وجدت قاعدة فى القانون التجارى تبين حكم هذه المسألة وجب تطبيقها ، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية ، لأن شرط انطباق القاعدة المدنية لايتوافر فى هذه الحالة . وبذلك لايصح أن يستخلص من

جواز تطبيق القاعدة العرفية التجارية بالرغم من مخالفتها للقاعدة التشريعية المدنية الآمرة أن العرف يمكن أن يخالف التشريع الآمر . فلا يجوز للعرف التجارى أن يخالف التشريع التجارى الآمر ، ولا يجوز للعرف المدنى أن يخالف التشريع المدنى الآمر . وهـذا هو ماتقضى به القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة الأولى من التقنين المدنى . كما يفرضه ماعرفناه من أن العرف لايجوز أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، إذ أن المسائل التى تنظمها القواعد التشريعية الآمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

ومن هذا كله نتهى إلى ماقلناه من أن العرف لايجوز أن يلغى التشريع . كما لايجوز أن يخالف التشريع إلا فى الحالات المنصوص عليها فيما يتعلق ببعض القواعد التشريعية المكملة .

١١٠ – نصيب العرف فى فروع القانون المختلفة :

رأينا أن العرف يعتبر مصدرا رسميا تكميليا يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد قاعدة تشريعية . غير أن نصيبه فى إنتاج القواعد القانونية لإكمال النقص الموجود فى تشريع يختلف باختلاف فروع القانون :

١ — فنى القانون المدنى نجد القواعد العرفية قليلة . ويرجع ذلك إلى وفرة القواعد التشريعية فى هذا النطاق من زمن بعيد، ومبادرة الشارع إلى التدخل لمواجهة التطورات الجديدة فى المجتمع .

ومن أمثلة القواعد العرفية المدنية ما قلناه من اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين ، وهو افتراض يقوم على أساس ماجرت به العادة الغالبة من قيام الزوجة المسلمة بتأثيث المنزل عند الزواج ، بحيث يجوز نقضه بالدليل العكسى .

٢ — وفى القانون التجارى يظهر أكبر دور للعرف فى إنتاج القواعد القانونية فى نطاق القانون الخاص . حيث تختلف طرائق التعامل باختلاف نوع التجارة ، كما قد تختلف باختلاف الجهات ، ولذلك يترك الشارع كثيرا من المسائل التفصيلية للعرف . وعلى هذا النحو لا تكفى النصوص التشريعية لمواجهة حاجات التجارة ، ويتكفل العرف بتنظيم مالم يتناوله التشريع .

ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث يكون للدائن فى المعاملات التجارية أن يطالب أى مدين بكل الدين . وكذلك جواز تقاضى فوائد عن متجمد الفوائد ، أو تقاضى فوائد تزيد فى مجموعها على رأس المال ، وذلك فى بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب الجارى . وكذلك جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين . وهذه القواعد كلها على عكس ما تقضى به قواعد القانون المدنى فى شأن هذه المسائل (انظر المواد ٢٧٩ و ٢٣٢ و ١٠٨ مدنى) .

٣ — وفى القانون الدولى العام يعتبر العرف أهم مصدر لقواعد هذا القانون . وذلك نظرا إلى عدم وجود هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلى . وقد سبق أن تكلمنا فى هذا المعنى(١) .

٤ — وفى القانون الدستورى يعتبر العرف من مصادر القواعد الدستورية :

ومن أمثلة القواعد العرفية الدستورية أنه فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ ثبت للسلطة التنفيذية بمقتضى العرف الحق فى إصدار لوائح الضبط ، إذ لم يكن يتضمن ذلك الدستور نصا يخولها هذا الحق : وقد نص الدستور الحالى على هذا الحق فأصبح قاعدة تشريعية (م ١٢٢) :

٥ — وفى القانون الإدارى يعتبر العرف من مصادر القواعد الإدارية :

ومن أمثلة القواعد العرفية الإدارية ماقضت به محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة من أنه إذا كانت هناك لائحة لاتزال مشروعا لم يقنن ، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتها باطراد ، فإنها تصبح قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص فى قانون أو لائحة ، بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها منهجا لها(٢) .

٦ — أما فى القانون الجنائى فلا يعتبر العرف ، كما قلنا ، مصدرا للقواعد الجنائية.

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة فى ٤ مايو سنة ١٩٥٠ ، المحاماة ٣١ — ٢٣٥ — ٧٢ .

ذلك أن من المبادئ الأساسية فى قانون العقوبات تلك القاعدة التى تقضى بأنه لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعى . وتحرص الدساتير عادة على إيراد هذا المبدأ (م ٢٥ من الدستور) لاتصاله اتصالا وثيقا بالحرية الفردية .

غير أنه إذا كان العرف لاينشئ جريمة ولا يحدد عقوبة فإنه ، حيث يكون هناك نص تشريعى يعاقب على جريمة معينة ، قد يعاون فى تحديد معيار يجعله النص أساساً لتوافر أركان هذه الجريمة . مثل ذلك ماقضت به محكمة النقض من أنه « إذا كانت لائحة السيارات لم تنص على أنه يجب على سائق السيارة أن يلزم السير على يمين الطريق فإن العرف جرى على ذلك واستقر نظام المرور عليه بحيث إذا خولف هذا العرف كان حقا على المخالف أن يؤاخذ بمقتضى المادة ٢٨ من لائحة السيارات التى تحظر قيادة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » (١) .

المبحث الثالث

مبادىء الشريعة الإسلامية

١١١ – دور الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في مسائل المعاملات المالية :

رأينا أن الدين يعتبر مصدرا رسميا يرجع إليه مسائل الأحوال الشخصية بعد التشريع . فحيث لايوجد نص تشريعى فى خصوص إحدى هذه المسائل يرجع إلى الدين الذى يعتبر بهذه المثابة مصدراً احتياطيا فى هذه الحالة ، غير أنه يلاحظ مانوهنا به فيما تقدم من أن دور الدين فى هذا المجال كمصدر احتياطى يختلف فى أهميته عن الدور الذى تقوم به المصادر الاحتياطية الأخرى فى مجال المعاملات المالية . ذلك أن الجزء الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية مازال متروكا لحكم الدين ، بينما فى نطاق المعاملات المالية تقوم المصادر الاحتياطية بدور ضئيل . والدين فى مجال الأحوال الشخصية هو الشريعة

---

(١) نقض جنائى فى ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، المحاماة ٢٩ – ٧١٧ – ٣٦٦ .

الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ، والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين. وهذا مع ملاحظة ماقلناه من أن الشريعة الإسلامية فى هذا المجال هى الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . بحيث أن اختصاص الشرائع غير الإسلامية اختصاص استثنائى مقيد ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع ، وذلك فى الحدود التى بيناها فيما تقدم .

وفضلا عن هذا الدور الذى تقوم به الشريعة الإسلامية فى مجال الأحوال الشخصية ، فإنها تعتبر مصدرا احتياطيا فى مسائل المعاملات المالية يرجع إليه بعد العرف . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الثانية على مايأتى : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ؛ فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وهذا تجديد استحدثه الشارع فى التقنين المدنى الحالى ، إذ كان دور الشريعة الإسلامية من قبل كمصدر رسمى للقانون قاصرا على مسائل الأحوال الشخصية .

ولكى نتبين المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد يحسن أن نلقى ضوءا على المراحل التى مر بها هذا النص فى مشروع التقنين المدنى .

فقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى لهذا التقنين تجعل دور الشريعة الإسلامية قاصراً على كونه مصدرا يستلهمه القاضى للاستئناس فحسب ، فلا يكون عليه أن يتقيد به ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الفقه والقضاء . فبعد أن ذكرت المصادر الرسمية التى يستقى منها القاضى القاعدة القانونية ، أضافت فى فقرتها الثالثة مايأتى : « ويستلهم فى ذلك الأحكام التى أمرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية»(١) .

---

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص ما يأتى : « على أن المصادر المتقدمة جميعا مصادر ملزمة بمعنى أن القاضى يلزم بتطبيق القواعد التى تستقى منها وفقا للترتيب المتقدم . وقد شفع المشروع تلك المصادر ببيان العناصر التى يستأنس بها فى استخلاص هذه القواعد وتقصى مفهومها دون أن أن يكون لها قوة فى الإلزام . فنصت الفقرة الثالثة على أن القاضى يستلهم فى هذا الشأن الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك مبادىء الشريعة الإسلامية. والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا =

وفى لجنة المراجعة أجرى تعديل فى هـذه المادة بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع فى الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة حتى يجد مجالا عند التطبيق ، فأصبحت الفقرة الثانية من هـذه المادة تجرى على النحو الآتى : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت من هذه الفقرة عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين » ، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة ، ولم تر اللجنة محلا للإشارة إلى عدم التقيد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهى لا تختلف باختلاف المذاهب (١) .

ويتبين من هـــذا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى فى نطاق المعاملات المالية يقصد به الرجوع إلى المبادىء العامة فى هذه الشريعة ، وهى عبارة عن الأصول الكلية التى لا تختلف باختلاف المـذاهب . فلا يرجع إلى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التى تختلف فى المذاهب ، بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد .

= التعمم لا تعدو أن تكون تقنينا لما جرت عليه أحكام المحاكم المصرية منذ عهد بعيد . فهى تستشهد بآراء المصريين والأجانب من الفقهاء وبالقضاء الوطنى والأجنبى على حد سواء . أما التنويه بمبادىء الشريعة الإسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لا بوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة فى فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التقنينات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التعسف فى استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فما أحراها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصرى ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة فى مذاهبها المختلفة دون عناء » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٩٠ — ١٩٢ .

كما أن الأخذ بهذه المبادئ يجب أن يراعى فيه التنسيق بينها وبين المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الوضعى فى جملته ، بحيث لايجوز الأخذ بحكم فى الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لايفقد القانون الوضعى مايجب أن يتوفر له من تجانس بين أحكامه المختلفة .

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

١١٢ — عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب القاضى فى أنه يفصل فى كل نزاع يعرض عليه :

هذان أمران يجب التنويه بهما فى هذا المقام منذ البداية لأنهما يساعدان على معرفة حقيقة المقصود بإحالة القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

فالمصادر الرسمية للقانون فى مسائل المعاملات المالية ، تلك المصادر التى عددها الشارع فى المادة الأولى من التقنين المدنى ، هى كما عرفنا التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . وهذه المصادر قد تقصر عن تزويد القاضى بالقاعدة القانونية التى ينشدها لكى يطبقها على النزاع المعروض أمامه . وهذا القصور أمر طبيعى تفرضه طبيعة الأشياء التى تجعل إحاطة هذه المصادر بكل شىء أمرا متعذرا ، ويؤدى إليه التطور الذى من شأنه أن يخلق فى حياة المجتمع صورا ومعايير وقيما جديدة لم تكن فى الحسبان .

ومن ناحية أخرى فثمة قاعدة أساسية تقضى بأنه لايجوز للقاضى أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها ، فإن امتنع عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة déni de justice . وهذا النكول جريمة يعاقب عليها القانون ، إذ تنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أنه « إذا امتنع أحد القضاة فى غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لاتزيد على عشرين جنيها مصريا . ويعد ممتنعا عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب

إليه فى هـذا الشأن بالشروط المبينة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر » .

وإزاء ذلك القصور فى المصادر الرسمية من ناحية ، وواجب القضاء الذى يقع على عاتق القاضى من ناحية أخرى ، كان حتما أن تتاح للقاضى الوسيلة للفصل فى النزاع المعروض أمامه إذا أعوزته قاعدة فى هذه المصادر . وتتمثل هذه الوسيلة فى أن الشارع يحيل القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولهذا نتبين فيما يلى معنى هذه المبادئ والقواعد. وفى ضوء هذا المعنى نستطيع أن نقف على حقيقة المقصود من إحالة القاضى إليها .

١١٣ – معنى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

مرت فكرة القانون الطبيعى فى مختلف العصور بمراحل مختلفة من حيث مدلولها . فقد أريد بهذا القانون أنه قانون كامن فى طبيعة الروابط الاجتماعية ، فهو قانون أزلى كـكل القوانين التى تهيمن على الظواهر الطبيعية ، بحيث لايختلف بتغير الزمان والمكان ، ويستطيع الإنسان أن يصل إليه من طريق العقل .

وفى البداية كان ينظر إلى هـذا القانون باعتباره قانونا شاملا يتضمن المبادئ الأساسية التى تسيطر على النظام القانونى بأكمله ، كما يتضمن القواعد التفصيلية التى تتفرع على هذه المبادئ . فوفقا لهذا النظر تـكون هذه المبادئ والقواعد ثابتة لاتختلف بتغير الزمان والمكان .

وبعد ذلك ظهرت فـكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة . بمعنى أن هذا القانون عبارة عن المثل الأعلى الذى يهتدى به الشارع فيماينتهى إليه من حلول وضعية قد تختلف باختلاف الزمان والمـكان فى ضوء حاجات المجتمع وظروفه . وبذلك أضحى القانون الطبيعى تبعا لهذا الاتجاه شاملا لمجموعة قليلة من المبادئ التى تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفى مختلف العصور ، وشاملا كذلك للقواعد التى يضعها الشارع فى ضوء هذه المبادىء مراعيا فيها ظروف الزمان والمكان .

وفى مرحلة أخيرة أصبح ينظر إلى القانون الطبيعى على أنه فحسب مجموعة

المبادىء القليلة المشتركة بين الأمم فى مختلف العصور ، يهتدى بها الشارع فى كل بلد ، وإن كان يصل فى ضوئها إلى قواعد وضعية تراعى فيها ظروف البيئة ، ومن ثم تختلف باختلاف الزمان والمكان .

ومن هنا وجدت فكرة العدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعى . فهذا القانون عبارة عن المبادىء التى تكون المثل الأعلى الذى لايتغير ، فهى مشتركة بين جميع الأمم ، ويجب على الشارع فى كل بلد وفى كل عصر أن يترسمها ويعمل على هداها . أما العدالة فهى التى تتكفل بتطبيق هذه المبادىء فى حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة .

ويخلص من هذا أن مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لاتعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح . فهى لا تمد القاضى بقاعدة مجردة وعامة كما هو شأن التشريع أو العرف أو مبادىء الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة فى هذه المصادر . ولهذا لم نذكرها فى عداد المصادر الرسمية ، على خلاف ما ذهب إليه كثير من الفقهاء .

١١٤ — المقصود بإحالة القاضى إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى تقول فى فقرتها الثانية : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . فهذه المادة تحيل القاضى إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة إذا لم يجد نصا فى التشريع ولا قاعدة فى العرف أو مبادىء الشريعة الإسلامية .

وقد اتضح مما تقدم أن هذه المبادىء والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح ، وذلك على الرغم من الإحالة عليها فى النص الذى يعدد مصادر هذه القاعدة . وآية ذلك ما ذكرته المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الخصوص من أن عبارة « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » وما شاكلها من

عبارات أخرى فى التقنينات الأجنبية « لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى ، وإنما هى تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء »(١) :

ومن ثم فإن أحالة القاضى إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسألة المعروضة أمامه . ولذلك فإن عبارة التقنين المدنى السويسرى قد تكون أكثر توفيقا فى التعبير عن هذا المعنى . فقد نصت المادة الأولى منه على أن القاضى حين لا يجد نصا فى التشريع أو عرفا يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع :

فإذا لم يجد القاضى نصا فى التشريع ولا قاعدة فى العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنه يستلهم مبادئ العدل المجرد التى تتضمنها فكرة القانون الطبيعى مراعيا فى ذلك الظروف والملابسات الخاصة بالحالة المعروضة أمامه . فهو ليس بصدد تقرير قاعدة مجردة وعامة تقوم على أساس العدل بمعناه القانونى ، وهو الذى يؤخذ فيه بالوضع الغالب ، وإنما يجتهد للوصول إلى حل يراعى فيه جانب العدالة التى ينظر فيها إلى ظروف كل حالة بعينها(٢) .

---

(١) فقد جاء فى هذه المذكرة الإيضاحية تعليقا على الشق الخاص بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ما يأتى : « وهذا الشق لا يستحدث جديدا ، وإنما ينقل العبارة الواردة فى المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة دون تغيير . ولم يشأ المشروع أن يجارى التقنين المدنى السويسرى فيأذن القاضى بأن يطبق فى هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تخول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر فى تطبيق هذه الأحكام فحسب . ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضى إلى المبادئ العامة فى قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدنى الإيطالى الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التقنين الصينى) بل احتفظ بعبارتى القانون الطبيعى والعدالة . وإذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الإبهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضى إلى ضابط يقينى وإنما هى تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعى وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص » (مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨) .

(٢) أنظر ما قلناه فى التفرقة بين العدل والعدالة فيما تقدم فقرة ١١ .

ويجب ألا يصدر القاضى فى اجتهاده هذا عن معتقداته الذاتية ، وإنما يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة تراعى فيها المبادئ التى تسود النظام القانونى بأكمله .

ومهما تواترت الأحكام فى مسألة معينة على نمط واحد استنادا إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فإن هذا لا يؤدى إلى خلق قاعدة قانونية . ولهذا قلنا إن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا بالمعنى الصحيح .

وغنى عن البيان أن استلهام القاضى لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إنما يقتصر على الحالة التى لا يوجد فيها حكم فى التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا وجد حكم فى أى من هذه المصادر وجب على القاضى أن يطبقه ، حتى لو بدا له حكما ظالما تأباه العدالة . كما أن غموض نص تشريعى أو إبهامه لا يبيح للقاضى ان يعدل عنه إلى هذه المبادئ والقواعد ، بل يجب عليه أن يعمل على تجلية النص للوصول إلى الحكم الذى يقرره من طريق التفسير .

وقد استطاع القضاء المصرى فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن يقوم بدور جليل فى استحداث أحكام لمواجهة أوضاع يقصر التشريع والعرف عن تنظيمها(١) . من ذلك أنه على أساس هذه المبادئ والقواعد كفل حماية الملكية المعنوية ، وهى الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحق المؤلف إن كان عالما أو كاتبا فى مصنفاته العلمية أو الأدبية ، وإن كان فنانا فى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية ، وذلك قبل أن تصدر القوانين التى تنظم هذه الحماية(٢) . ومن ذلك أيضا أنه أخذ بفكرة التعسف فى استعمال الحق

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا المعنى ما يأتى : « فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية بل وعمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(٢) راجع فى هذا الخصوص كتابنا فى حق الملكية فقرة ١٩٥ .

قبل أن يصدر التقنين المدنى الحالى الذى ينص عليها فى المادة الخامسة منه ، وذلك لتقرير مسئولية الشخص عما يسببه استعماله لحقه من ضرر للغير ، كأن يبنى شخص حائطا عاليا فى ملكه لكى يحجب النور والهواء عن جاره(١) .

الفصل الثانى

المصادر التفسيرية

١١٥ – المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها :

يراد بالمصدر التفسيرى المرجع الذى يساعد على تجلية ما فى القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام . فهو مصدر للاستئناس يسترشد به القاضى فى التعرف على حقيقة القواعد التى يستمدها من مصادرها الرسمية دون أن تكون له قوة ملزمة .

والمصادر التفسيرية للقانون المصرى اثنان ، هى الفقه والقضاء .فالفقه هو الجانب العلمى للقانون ، حيث ينظر الفقيه إلى الروابط الاجتماعية نظرة شاملة ، فيعرض الأصول الكلية للقواعد القانونية كى يصل فى ضوئها إلى الجزئيات ، ويراعى فى بحثه وتنقيبه ألوان النشاط المستحدثة فى الحياة الاجتماعية والاتجاهات الجديدة فيأخذ بأسباب التطور . والقضاء هو الجانب العملى للقانون ؛ حيث يطبق القاضى القواعد القانونية على ما يرفع إليه من أقضية ، فيجعل من القانون مادة حية تنمو وتتطور بحيث يصطبغ بطابع العصر الذى وجد فيه .

ومن هذا كان لابد من التعاون بين الفقه والقضاء . فكل منهما يكمل الآخر . إذ يسترشد القاضى برأى الفقيه فيهتدى بما يرسمه له ، ويستفيد الفقيه من تجارب القاضى فيتجه بفقهه الوجهة التى تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

---

(١) انظر فى هذا الخصوص كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٣٥ وما بعدها .

وعلى هذا النحو فإن الفقه والقضاء هما اللذان ينيران الطريق أمام الشارع ويدفعانه إلى التدخل لتعديل التشريع كى يساير التطور الجديد فى المجتمع. وكثيرا ماتكون آراء الفقهاء وأحكام القضاء هى المصادر المادية التى يستمد منها الشارع ما يضعه من قواعد قانونية .

ونتبين فيما يلى مركز الفقه والقضاء قديما وحديثا ، كى نخلص إلى تحديد هذا المركز فى القانون المصرى .

الفرع الأول

الفقـــه

١١٦ — تعريف . تطور الفقه :

الفقه la doctrine ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الآراء التى يقول بها فقهاء القانون . فهو يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ، مع مناقشة هذه الأحكام ليتبين ما فى القانون من نقص أو عيب . ويطلق اصطلاح الفقه كذلك على مجموع الفقهاء الذين تخصصوا فى البحث فى القانون .

وقد تطور مركز الفقه كمصدر للقانون . فقد كان مصدرا رسميا فى القوانين القديمة ، ثم اصبح مصدرا تفسيريا فى معظم القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين :

١١٧ — الفقه مصدر رسمى فى القوانين القديمة :

ساهم الفقه فى تكوين القانون الرومانى ، حيث مر بأدوار ثلاثة : فنى الدور الأول كان علم القانون حكرا لرجال الدين ، فهم الذين يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى والتصرفات ، وفى الدور الثانى أخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون ، وأصبحت هذه الفتاوى تؤدى علنا بدون

أجر ، إذ كان يدرسها رجال من وجوه القوم الأثرياء ولا يبتغون من وراء اشتغالهم بالفقه سوى الوصول إلى المناصب الكبيرة فى الدولة . وفى الدور الثالث سلك الفقه الرومانى طريقه العلمى ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، واعتبر الفقه مصدرا رسميا للقانون الرومانى ، حيث أصبح لآراء بعض الفقهاء قوة القانون .

كذلك ساهم الفقه فى تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث مر بعهود ثلاثة : العهد الأول هو عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، إذ كان الدين حينذاك هو المرجع الوحيد للشريعة الإسلامية ، ومن ثم كان للشريعة مصدران هما الكتاب والسنة ، فلم يكن للفقه مجال والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحى ويتلقى عنه المسلمون أمور دينهم ودنياهم .

والعهد الثانى هو الذى يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه فى الكتب ، حيث وضع الفقهاء أسس الفقة الإسلامى ، وانقسموا فى ذلك إلى مدرستين هما أهل الحديث وأهل الرأى . فأهل الحديث لا يكادون يفتون إلا به ولا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذى تحتمه الضرورة . وأهل الرأى يميلون إلى الاجتهاد والرأى ، فيحكمون العقل ويجددون حتى تتمشى الشريعة مع المدنيات المختلفة والتطورات الجديدة . وقد أخذت هاتان المدرستان فى التقارب إلى حد كبير ، وبفضلها أصبح للفقه نصيب وافر فى تكوين الشريعة الإسلامية . فقد كان للشريعة فى عهد الرسول مصدران هما الكتاب والسنة ، ثم زادهما الفقه فى العهد الثانى مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس ، وهما المصدران اللذان يضفيان على الشريعة الإسلامية مرونتها ومسايرتها للتطور . وقد بدا الإجماع مقصورا على صحابة الرسول ، ثم امتد إلى التابعين فتابعيهم ، حتى صار أخيرا إجماع المجتهدين من أمة محمد فى عصر من العصور . فإذا أجمع هؤلاء على حكم كانت له قوة القانون ، ولا خلاف فى هذا بين المدرستين . أما القياس فيراد به فى هذا المقام الرأى والاجتهاد ، وقد اختلفت المدرستان فى الأخذ به إلى حد كبير ، فأهل الرأى يكثرون

من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض المختلفة ، وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا نادرا ولا يفرضون من الفروض إلا ما وقع .

والعهد الثالث هو الذى يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وقد كان للفقه فى أول هذا العهد النصيب الأوفى فى تكوين الشريعة الاسلامية ، حيث ظهرت مذاهب كثيرة أهمها المذاهب الأربعة المعروفة . وأئمتها أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد ابن حنبل . ويرجع إلى هؤلاء الأئمة وتلاميذهم فضل تسجيل فقه من تقدمهم على أسس منطقية ، بحيث يمكن أن يستخلص منه ما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء فيتعين الأخذ به باعتباره إجماعا. وبالإضافة إلى ذلك فقد قاموا بأعمال إنشائية فى الفقه، فوضعوا التعريفات التفصيلية ، ورأوا استلهام قواعد العدالة والمصلحة العامة باسم الاستحسان عند أبى حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، ووضعوا مبادئ علم أصول الفقه . والواقع من الأمر أن هذه المذاهب لاتعتبر فى حقيقتها مدارس مختلفة فى الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير فى المبادىء الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف بينها فى بعض الفروع التفصيلية . ومراعاة لهذا الاعتبار رأينا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى للقانون المصرى فى نطاق المعاملات المالية إنما يراد به الرجوع إلى المبادئ العامة التى لاتختلف باختلاف المذاهب دون الاعتداد بالحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التى تختلف فيها المذاهب بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد (١).

وعلى هذا النحو كان الفقه فى أول ذلك العهد مصدرا رسميا للشريعة الإسلامية ، وكانت حركة الاجتهاد على أشدها مما جعل القياس مصدرا يعتد به إلى جانب المصادر الثلاثة الأخرى. وبعد ذلك أقفل باب الاجتهاد ، فوقف الفقه عند الحدود التى كانت له حينذاك .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١١١

١١٨ — الفقه مصدر تفسيرى فى القوانين الحديثة :

لم يعد للفقه فى القوانين الحديثة ما كان له من قوة القانون فى القوانين القديمة : فهو الآن مصدر تفسيرى للقانون ، بمعنى أن القاضى يرجع اليه للاستئناس فحسب ، فلا يتقيد برأى فقيه مهما ارتفعت مكانته العلمية ، ولا حتى برأى انعقد عليه إجماع الفقهاء .

على أنه إذا كانت آراء الفقهاء مجردة من القوة الملزمة ، فإن لها دورا لا يمكن إنكاره أو الانتقاص من قيمته ، سواء فى إرشاد القاضى أو فى التحضير للعمل الذى يقوم به الشارع . فهى توجه القاضى بشرحها لأحكام القانون وتفسيرها ، وتقدم مادة قيمة إلى الشارع يستطيع بواسطتها أن يتبين مافى القانون من نقص أو عيب .

١١٩ — الفقه مصدر تفسيرى فى القانون المصرى :

شأن الفقه فى القانون المصرى هو شأنه فى القوانين الحديثة . فدوره يقتصر على كونه مصدرا تفسيريا يستأنس به القاضى فى استخلاص القواعد القانونية وتقصى مفهومها أن تكون له قوة الإلزام (١) . ولذلك لم يذكره الشارع فى عداد المصادر الرسمية التى نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدنى .

على أنه وفقا لما قلناه فى خصوص القوانين الحديثة يقوم الفقه المصرى بدور له وزنه : فلا شك فى أن القاضى فى مصر يتأثر برأى ذهب إليه جمهور الفقهاء أو انعقد

---

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تتضمن فقرة ثالثة تنص فى هذا المعنى على أن القاضى يستلهم « الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذه الفقرة أنها تتضمن العناصر التى يستأنس بها القاضى فى استخلاص القواعد وتقصى مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة لأن فى القواعد العامة ما يغنى حكمها (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٣ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩٢) .

عليه إجماعهم ، وقد يصل فى ذلك إلى حد الإشارة إليه فى حكمه. بل إنه يستعين كذلك بالفقه الأجنبى فى القوانين التى استمد منها الشارع القاعدة القانونية ، كالفقه الفرنسى . هذا إلى أن الفقه يشترك مع القضاء فى توجيه الشارع بإظهاره مافى القانون من نقص أو عيب ، فهو يعتبر من المصادر المادية التى يستقى منها الشارع أحكام القواعد القانونية .

ويلاحظ أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمى فى مسائل الأحوال الشخصية عند عدم وجود تشريع ، أو فى مسائل المعاملات المالية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، يتضمن الرجوع إلى الفقه الإسلامى . غير أن الرجوع إلى هذا الفقه إنما يعنى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار هذا الفقه جزءا منها . وهذا مع ملاحظة أن الفقه الإسلامى الذى نعنيه هنا هو الفقه الذى وقف عند حد قفل باب الاجتهاد . أما فقهاء الشريعة المعاصرون فجميعهم مقلدون ، وإن كان لهم فضل كبير فى كتابة بعض موضوعات الفقه الإسلامى فى أسلوب عصرى يسهل فهمه .

الفرع الثانى

القضاء

١١٩ — تعريف . تطور مركز القضاء :

القضاء La jurisprudence ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الأحكام التى تصدرها المحاكم . فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التى ترفع إلى المحاكم للفصل فيها . ويطلق اصطلاح القضاء كذلك على السلطة القضائية ، أى المحاكم التى تتولى الفصل فيما يرفع إليها من أقضية .

وقد تطور مركز القضاء كمصدر للقانون . فقد كان مصدرا رسميا فى القوانين القديمة ، ومازال كذلك فى بعض القوانين حتى اليوم ، ولكنه أصبح مصدرا تفسيريا فى أغلب القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين .

١٢٠ — القضاء مصدر رسمى فى القوانين القديمة :

قام القضاء بدور كبير فى إنشاء قواعد القانون الرومانى ، فكان بذلك مصدرا رسميا لهذا القانون . وقد بدأ ذلك منذ أن تولى « البريتور » الرومانى شئون القضاء . وكانت الوسيلة إلى ذلك « المنشورات القضائية » . إذ كان البريتور يتولى القضاء سنة واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس منشورا يضمنه القواعد القانونية التى اعتزم اتباعها فى قضائه ، وكثير من هذه القواعد كانت تدخل تعديلات على القانون الرومانى بما يتفق مع مقتضيات العدالة . وكان كل بريتور يستبقى من منشورات سلفه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويزيد عليه ما يرى إضافته ، حتى تكون من هذا كله ماسمى « المنشور الدائم » . وقد بقى هذا المنشور إلى عهد الامبراطورية ، ثم جمع تجميعا رسميا عرف باسم « القانون البريتورى » . ومن ثم فقد كان هذا القانون من صنع القضاء ، إذ بقى منفصلا عن القانون المدنى ، ثم أصبح فى عهد جوستنيان جزءا من القانون الرومانى .

وفى الشريعة الإسلامية مر القضاء بعهود ثلاثة كتلك التى رأيناها فى خصوص الفقه : العهد الأول هو عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، حيث كان للشريعة مصدران هما الكتاب والسنة ، فلم يكن القضاء مصدرا رسميا حينذاك . وقد كان النبى أول قاض فى الإسلام ، وكان قضاؤه ملزما باعتباره سنة ، فهو فى هذا النطاق شارع يبين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

والعهد الثانى هو الذى يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه فى الكتب . حيث كان للقضاء أثره فى تكوين الشريعة الإسلامية ، إذ كان هو والفقه يمتزجان ، فكان القاضى فقيها والفقيه قاضيا ، ومن ثم لم يكن من اليسير تمييز القضاء عن الفقه فى ذلك العهد . وعلى هذا النحو كان أكثر القضاة مجتهدين ، وكانوا يستعينون فى قضائهم بالفقهاء ، كما كان القاضى يأخذ بقضاء سلفه ، وكان الفقهاء يأخذون عن القضاة فتاواهم .

والعهد الثالث هو الذى يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وفى أول هذا العهد قل شأن القضاء وارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وفق ما ذكرناه عند الكلام فى الفقه .

وبذلك تركزت حركة الاجتهاد فى الفقيه ، فلم يعد للقضاء دور فى تكوين الشريعة الإسلامية . وقد رأينا أن باب الاجتهاد أقفل بعد ذلك ، فوقف الفقه عند الحدود التى كانت له فى أول ذلك العهد .

وفى القانون الانجليزى يظهر أكبر دور للقضاء فى تكوين القانون. فهذا القانون له مصدران هما العرف والقضاء. بل إن القضاء، حيث توجد العادات ، هو الذى جمع شتات هذه العادات القديمة وصاغها قانونا قابلا للتطبيق . فنى أول مراحل هذا القانون أقام القضاء مبادئ القانون الانجليزى المعروف باسم القانون العام Common Law على أساس العادات القديمة . ثم أنشئ فريق آخر من المحاكم تطبق قواعد العدالة فى أحكامها للتخفيف من شدة القانون العام وشكلياته ، فخلقت بذلك « قانون العدالة » ، وهو كله من صنع هذه المحاكم . وفى أواخر القرن التاسع عشر أدمج هذان الفريقان من المحاكم ، وصار القضاء يطبق قانونا واحدا يشمل القانون العام وقانون العدالة ، وبذلك تم توحيد القانون الانجليزى الذى يعتبر من صنع القضاء .

١٢١ — القضاء مصدر رسمى فى القوانين الانجلوسكسونية :

ما زال القضاء فى الوقت الحاضر من أهم المصادر الرسمية فى القانون الانجليزى وغيره من القوانين الأنجلوسكسونية . كما هى الحال فى بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند واستراليا وجنوب أفريقيا .

فنى انجلترا تأخذ المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما . حيث يوجد على رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات وهو الهيئة القضائية العليا ، ثم محاكم الاستئناف ثم محاكم أول درجة ، ثم المحاكم الدنيا . وتقضى القاعدة بأن يكون قضاء مجلس اللوردات ملزما لسائر المحاكم الانجليزية بما فيها مجلس اللوردات ذاته ، بمعنى أن يعتبر هذا القضاء قانونا يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة ، فلا يجوز العدول عنه إلا بسن قانون . ويكون قضاء محكمة الاستئناف ملزما لها وللمحاكم الأقل منها درجة باعتباره قانونا كذلك يجب تطبيقه فى القضايا المماثلة ؛ وكذلك أحكام المحاكم الإبتدائية بالنسبة إليها وإلى المحاكم الدنيا . أما أحكام المحاكم الدنيا فلا تكون ملزمة .

١٢٢ — القضاء مصدر تفسيرى فى أغلب القوانين الحديثة :

أصبح القضاء مصدرا تفسيريا فى أغلب القوانين الحديثة ، وهى القوانين التى تغلب عليها النزعة الرومانية. كما هى الحال فى البلاد اللاتينية ، كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا، وكما هى الحال فى البلاد الجرمانية ، كألمانيا والنمسا وهولاندا وسويسرا .

فالقضاء فى هذه القوانين شأنه شأن الفقه ، كلاهما يعتبر مصدرا تفسيريا يرجع إليه للاستئناس فحسب . فلاتلتزم المحاكم بماسبق أن أصدرته من أحكام ، ولا بما أصدرته المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة .

وقد ذهب رأى يقول به بعض الفقه الفرنسى إلى اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية. وذلك فى الحالات التى لايجد فيها القاضى قاعدة فى المصادر الأخرى ، حيث تضطر المحاكم حتى لا تنكل عن أداء العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل فى الحالات المماثلة ، فتوجد بذلك القاعدة القانونية . ويساعد على هذا الاستقرار وجود محكمة النقض رقيبة على أحكام المحاكم ، بحيث يصبح ما تقره فى هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات : ذلك أن وظيفة المحاكم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية ، أما إنشاء هذه القواعد فأمره موكول إلى سلطات أو مصادر أخرى غير السلطة القضائية . وفضلا عن ذلك فإن ماتستقر عليه المحاكم فى أمر لم ترد فى شأنه قاعدة فى المصادر الرسمية لا يعتبر ملزما من الناحية القانونية. بحيث تستطيع أية محكمة أن تقضى بما يخالفه ولو كانت أقل المحاكم درجة . وإذا كانت المحاكم تأخذ نفسها بالمبادىء التى استقر عليها القضاء ، ولا سيما ما أقرته محكمة النقض من هذه المبادىء ، فإن ذلك مرده إلى ما لهذا القضاء من قيمة أدبية . حيث تبقى المحاكم على هذا القضاء إما اقتناعا به ، وإما خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا هى خالفته . لكن يبقى مع ذلك لمحكمة النقض أن تعدل عن قضائها السابق ، كما يكون لأية محكمة أخرى أقل درجة منها أن تخرج على هذا القضاء ، وقد يؤدى ذلك إلى تغيير اتجاه

القضاء عما كان عليه من قبل . هذا إلى أنه مهما توفر لأحكام القضاء من قيمة أدبية تحمل المحاكم من الناحية العملية على الأخذ بها فى الحالات المماثلة ، فليس من شأن هذه الأحكام أن تخلق قاعدة مجردة وعامة بالمعنى القانونى الصحيح . حيث لا تتوفر لها قوة الإلزام إلا فى الحالات الخاصة التى صدرت فى شأنها .

ولهذا كان الرأى السائد أنه فى غير القوانين الانجلوسكسونية التى تأخذ بنظام السوابق القضائية فتجعل لهاقوة القانون يعتبر القضاء مصدرا تفسيريا كالفقه سواء بسوء.

١٢٣ — القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى :

انعقد الاجماع فى ضوء ما ذكرناه الآن على أن القضاء فى القانون المصرى مصدر تفسيرى ، كما هى الحال فى أغلب القوانين الحديثة : فللمحاكم أن تستأنس به ، فتأخذ به أو تدعه(١) » ولذلك لم يذكره الشارع فى عداد المصادر الرسمية التى نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدنى .

وهناك حالة خاصة يتعين فيها على محكمة الموضوع أن تتقيد بقضاء محكمة النقض. فإذا كان الحكم قد نقض لخطأ فى تطبيق القانون ، فإن محكمة النقض تحيل القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد ، وفى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢٣ / ٢ من القانون رقم ٥٧ سنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض) . ويلاحظ هنا أن حكم محكمة النقض لا يكون ملزما إلا فى هذه القضية بالذات دون غيرها. فيجوز لأية محكمة أن تخالف هذا الحكم فى أية قضية أخرى مماثلة .

وإذا كان القضاء يعتبر فى القانون المصرى مجرد مصدر تفسيرى ، فإن له أثره الواضح سواء فى إرشاد القاضى أو فى إنارة الطريق أمام الفقيه أو فى التحضير للعمل

---

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تتضمن فقرة ثالثة فى هذا المعنى ولكنها حذفت لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن حكمها (أنظر تفصيلا لذلك فيما تقدم فقرة ١١٨ فى الهامش) .

الذى يقوم به الشارع . حيث يهتدى به القاضى فى القضايا المماثلة ولاسيما إذا كان قضاء مستقرا ، ويزود الفقيه بمادة حية يغذيها التطبيق العملى ، ويضع تحت نظر الشارع ما أظهره التطبيق العملى فى القانون من قصور أوعيب . وتعتبر أحكام القضاء المصرى من المصادر التاريخية للتقنينات الحالية التى عمل بها من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فقد حرص الشارع فى هذه التقنينات على الافادة من تجارب القضاء المصرى طوال سبعين عاما كان يفسر فيها نصوص القانون القديم ويطبقها ويلمس نواحى القصور فيها ، فاستقى فريقا غير قليل من القواعد القانونية من المادة التى جاءت ثمرة لاجتهاد القضاء .

١٢٤ — وظيفة محكمة النقض وأثرها في توحيد أحكام القضاء :

يحسن أن نشير فى ختام هذا الموضوع إلى وظيفة محكمة النقض ، نظرا إلى مالها من أثر فعال فى إرساء المبادىء التى تستقر عليها أحكام القضاء .

فقد قلنا فيما تقدم أن الادعاء بحق أمام القضاء يقتضى النظر فى أمرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وفقا لما ثبت لديه ، فلا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثانى هو القانون الذى يطبق على ما ثبت لدى القاضى من وقائع ، وهذا التطبيق يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض(١) .

ويتضح من هذا أن وظيفة محكمة النقض تنحصر فى مراقبة صحة تطبيق القانون ؛ فهى لا تتعرض لوقائع الدعوى فتبحث فيما إذا كانت ثابتة أم غير ثابتة ، بل تسلم بهذه الوقائع كما أثبتها قاضى الموضوع ، وتقتصر مهمتها على النظر فيما إذا كان هذا القاضى قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقا صحيحا . فإذا رفع اليها طعن فى حكم ، ورأت أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا على وقائع النزاع ، رفضت الطعن . وإذا تبين لها أن هناك خطأ فى تطبيق القانون قبلت الطعن ونقضت الحكم ، وأحالت الدعوى

---

(١) أنظر ما ذكرناه من أمثلة للواقع والقانون فيما تقدم فقرة ١٠٣ .

إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد على النحو الذى تقدم ذكره . إذ أنها ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، فليس لها أن تفصل فى وقائع النزاع .

وبمقتضى هذه السلطة فى مراقبة صحة تطبيق القانون تستطيع محكمة النقض أن توحد أحكام القضاء فى تفسير القانون وتطبيقه . إذ أن القيمة الأدبية لما يصدر عن محكمة النقض من أحكام باعتبارها المحكمة العليا ، وخشية القضاة من أن تنقض أحكامهم إذا خالفوها ، تجعلانهم من الناحية العملية يتقيدون بما قررته : فينشأ من ذلك ما يسمى بأحكام المبادىء décisions de principes ، ويراد بها أحكام القضاء التى تقرر مبادىء قانونية فى خصوص مسائل لم ترد فى شأنها قاعدة قانونية أو كان حكم القانون فيها محل خلاف أو شك ، بحيث يستقر عليها القضاء وتصبح معبرة عن الاتجاه السائد فيه : وأحكام المبادىء هذه هى التى تقصد أساسا من اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا للقانون ، أو مصدرا ماديا له. وإن كان ليس من شأنها أن تخلق قواعد قانونية مجردة وعامة كما سبق أن فصلنا .

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

١٢٥ – السلطة القائمة على تطبيق القانون :

إذا وجدت القاعدة القانونية ، من أى مصدر كانت ، وأصبحت نافذة ، صارت واجبة التطبيق . فيجب على الأشخاص المخاطبين بحكمها أن يوجهوا سلوكهم على مقتضاها. فإذا وقع منهم ما يخالف حكمها أو ثار بينهم نزاع فى مضمون هذا الحكم تولت السلطة المختصة تطبيقها .

والسلطة المختصة بتطبيق القانون هى السلطة القضائية ممثلة فى المحاكم . ونظرا إلى خطورة الدور الذى تقوم به هذه السلطة للفصل فى الأقضية التى ترفع اليها تعنى الدساتير عادة بتقرير القواعد التى تكفل استقلالها فى أداء وظيفتها بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، فلا يكون ثمة سلطان عليهم فى ذلك إلا للقانون وضمائرهم . وقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور فى هذا المعنى على أن « القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة » . كما نصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن «القضاة غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين فى القانون » .

وقد رأينا أن هناك جهتين للقضاء فى مصر (١) . الأولى جهة القضاء العادى ، وتختص بالفصل فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، بمعنى أنها تختص بالنظر فى جميع المسائل والمنازعات

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٥ .

إلا ما يخرج من اختصاصها بنص خاص . والثانية جهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، وتختص بالفصل فى المواد الإدارية. وولايتها ولاية خاصة ، بمعنى أنها تقتصر على النظر فيما يدخل فى اختصاصها بمقتضى نص خاص :

١٢٦ — نطاق تطبيق القانون وتفسيره تقسيم :

إذا وقعت مخالفة لحكم من أحكام القانون أو ثار نزاع فى خصوص مضمون هذا الحكم ، فإن تطبيق القانون فى هذه الحالة أو تلك يقتضى تحديد النطاق الذى تنطبق فيه القاعدة القانونية ، كما يقتضى الوقوف على حقيقة مضمون هذه القاعدة من طريق التفسير .

ومن هذا نقسم كلامنا فى تطبيق القاعدة القانونية إلى فصلين : الأول فى نطاق تطبيق القانون . والثانى فى تفسير القانون .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

١٢٧ — النواحى المختلفة فى تحديد نطاق تطبيق القانون :

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحى الآتية :

فأولا يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية .. وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسرى فى حق هؤلاء جميعا ، أم أن بعضا منهم قد لا تسرى فى حقه إذا كان يجهلها .

وثانياً يتحدد هذا النطاق من حيث المكان . وذلك لتبين الحالات القانونية التى يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى .

وثالثاً يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان . وذلك لتحديد الزمن الذى تسرى فيه

القاعدة القانونية ، وبيان الحل الذى يتبع فى حالة التنازع الناشىء عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها .

وسنتناول هذه الموضوعات على التوالى .

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

١٢٨ — مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

متى وجدت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة فإنها تسرى على جميع الأشخاص المخاطبين بها ، سواء منهم من علم بها ومن جهلها . إذ من المبادىء المسلمة أن أحداً لا يعذر بجهله القانون Nul n'est censé ignorer la lai : فلا يقبل من أحد أن يدعى بجهله قاعدة قانونية معينة لكى يحول دون تطبيقها عليه حين يكون هذا التطبيق واجباً :

ولسنا هنا بصدد قرينة على علم الناس بالقانون كما يقول البعض ، إذ أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسى ، مع أنه لا يجوز لأحد أن يثبت جهله بالقانون . فالحقيقة أننا بصدد مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن فى كل قاعدة قانونية تتوفر الشروط اللازمة لتطبيقها :

ومن الواضح أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة ، إذ لا يعقل أن يكون الناس جميعا على علم بالقانون لا يجهله فريق منهم : إلا أنه يستند مع ذلك إلى اعتبارات تمليها العدالة ويوجبها الصالح العام للمجتمع بأسره . فالعدالة بين الناس تقتضى المساواة بينهم فى المعاملة ، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعفى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعا لأحكام القانون : وهذه المساواة بين الناس أمام القانون ضرورة يحتمها نظام المجتمع . فلو أبيح للأشخاص أن يدعوا الجهل بقاعدة قانونية كى يعفوا من الخضوع لها لترتب

على ذلك أن يلجأ إلى هذا الادعاء كل من تقتضى مصلحته عدم تطبيق القاعدة عليه ، مما يؤدى إلى عدم تطبيق القانون فى كثير من الحالات ، فتسود الفوضى ويعجز القانون عن أداء وظيفته الأساسية وهى إقامة النظام وكفالة الاستقرار فى المجتمع .

١٢٩ — سريان المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية :

يسرى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، وبصرف النظر عن مدى سلطان إرادة الأفراد إزاءها .

فهذا المبدأ يسرى بالنسبة إلى كل القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف أو مبادىء الشريعة الإسلامية .

كذلك يسرى هذا المبدأ بالنسبة إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء .

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى قصر الأخذ بهذا المبدأ على القواعد الآمرة دون القواعد المكملة . بل إن منهم من يقصر الأخذ به على بعض القواعد الآمرة كالقوانين الجنائية على وجه الخصوص . فوفقا لهذا النظر يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكملة وكذلك القواعد الآمرة غير الجنائية .

وتلك تفرقة تأباها طبيعة القواعد القانونية باعتبارها قواعد ملزمة يجب تطبيقها إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك ، حيث لا فارق فى هذا الإلزام بين القواعد الآمرة بعضها والبعض الآخر ، ولا بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

كما أنها تفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة تؤدى إلى خلق فراغ وضعت من أجله هذه القواعد الأخيرة . ذلك أن هدف الشارع من إيراد القواعد المكملة هو وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . فهى لا تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتهما عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها حتى يمكن أن يقال إن هذا السكوت يفترض معه العلم بها ، بل إنها تمثل إرادة الشارع ، ولهذا رأينا أنها تنطبق فى حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانها (١) . ولو أننا أجزنا

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

الإعفاء من تطبيقها عند الجهل بها لأدى ذلك إلى قصور هذه القواعد عن تأدية الوظيفة التى وضعت من أجلها .

وفضلا عن هذا فليس هنالك من القواعد القانونية ما يتعارض مع الأخذ بذلك المبدأ على إطلاقه . حيث يبدو أن الذى دفع هذا الفريق إلى القول بهذه التفرقة هو الإعتقاد بأن جواز طلب إبطال العقد لغلط فى القانون يتعارض مع المبدأ ، وهو اعتقاد غير صحيح ، ولذلك نعرض له فى الفقرة التالية .

١٣٠ — الغلط فى القانون ليس استثناء من المبدأ :

الغلط وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد . وهو عيب فى الإرادة يجيز لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد إذا توافرت شروط معينة أهمها أن يكون الغلط جوهريا بأن يبلغ فى تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لا متنع عن إبرام العقد . ويكون له هذا الأثر سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون . وقد نصت المادة ١٢٢ مدنى فى هذا المعنى على أنه « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا مالم يقض القانون بغيره » . ومثل الغلط فى الواقع أن يشترى شخص آنية يعتقد أنها من فضة خالصة ، ثم يتبين أنها من نحاس مطلى بالفضة . ومثل الغلط فى القانون أن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث ثمن التركة ، ثم يتضح له أنه يرث الربع . فهذا غلط فى القاعدة القانونية التى تحدد نصيب الوارث فى التركة ، وهو يتناول قيمة الشىء محل الالتزام ؛ فيجيز للوارث أن يطلب إبطال البيع .

ولأن هذا الغلط فى القانون ينطوى فى حقيقته على جهل بالقاعدة القانونية ، فإن الاستناد إليه فى طلب إبطال العقد يعتبر استنادا إلى الجهل بالقانون. وقد أدى هذا بفريق كبير من الفقهاء إلى الظن بأن جواز طلب إبطال العقد فى هذه الحالة يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . فذهبوا إلى أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة نظرا إلى تعلقها بالنظام العام ؛ ومن ثم فإن هذه القواعد

لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . أما القواعد المكملة فلا ينطبق المبدأ فى شأنها لأنها لاتتعلق بالنظام العام ، وبالتالى يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى تأييدا لهذا الظن ما يأتى : « قصد المشروع من نص المادة ١٦٩ (المقابلة للمادة ١٢٢ مدنى) إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون ، فكثيرا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى استنادا إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية »(١) .

وهذا الزعم غير صحيح ، إذ لا تعارض بين الأمرين . ذلك أن المبدأ يراد به أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قاعدة قانونية معينة كى يستبعد تطبيقها عليه ، وليس فى ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق فى طلب إبطال العقد لغلط فى قاعدة قانونية معينة مادام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد . فابطال العقد لا يعنى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة . ففى المثل الذى ذكرناه نجد أن الوارث الذى يطلب الابطال لا يريد استبعادتطبيق قاعدة الميراث التى تقضى بأن يرث ربع التركة ، بل إنه على العكس من ذلك يريد أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار ، حيث يطلب إبطال العقد الذى تم على أساس لا يتفق مع حكمها (٢) .

ومادام أن هذا التعارض المزعوم غير صحيح ، فليس هناك مايدعوإلىقصر المبدأ على بعض القواعد القانونية دون البعض الآخر ، بل يجرى على إطلاقه بالنسبة إلى جميع القواعد كما قلنا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٦٥ .

١٣١ – استثناء من المبدأ :

يخلص مما تقدم أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ عام يصدق بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، وسواء كانت آمرة أو مكملة ، وأن جواز طلب إبطال العقد لغلط فى القانون لا يتعارض مع هذا المبدأ .

غير أن ثمة حالة استثنائية وحيدة يجوز فيها الاعتذار بجهل القانون. وذلك عندما تقوم قوة قاهرة تؤدى إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلا تاما بحيث يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إلى هذا الجزء ، وهى الجريدة التى تنشر فيها التشريعات . كما لو حدث هذا العزل بسبب قيام ثورة أو نشوب حرب أو حصول فيضان . وهذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية ، لأنها القواعد التى تنشر فى الجريدة الرسمية بحيث يعتبر هذا النشر شرطا لازما لتمام نفاذها فى حق المخاطبين بها(١) .

الفصل الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٣٢ – إقليمية التطبيق وشخصية التطبيق :

لا تثور صعوبة فى تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لو أننا تصورنا الدولة منعزلة عن غيرها من الدول ، بحيث لا يوجد فى إقليمها إلا من ينتمون إليها بجنسيتهم ؛ ولا يوجد أحد من المنتمين إليها خارج إقليمها ؛ ولا تنشأ علاقات بين الوطنيين والأجانب . إذ فى هذه الحالة يسرى قانون الدولة وحده داخل إقليمها ، ولا يطبق خارج هذا الإقليم .

غير أن مثل هذا الفرض لا وجود له اليوم : حيث توجد طائفة من الأجانب فى

---

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٧٢ .

إقليم كل دولة ، فتنشأ علاقات بينهم وبين الدولة التى يوجدون على إقليمها ، أو بينهم وبين الوطنيين . كما أن الاتصال بين الدول أدى إلى نشوء علاقات على نطاق واسع بين الأشخاص فى مختلف هذه الدول .

ولهذا تعرض مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لمعرفة مدى سريان قانون الدولة على هذه العلاقات .

ويتراوح الحل فى هذه المسألة بين مبدأين : الأول مبدأ إقليمية التطبيق ، وهو الذى يطلق عليه مبدأ إقليمية القوانين **principe de la territorialité des lois** . ويراد به أن يطبق قانون الدولة على كل مايقع داخل حدود اقليمها ، بحيث يسرى على جميع الأشخاص القاطنين فى إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، ولا يطبق على مايقع خارج حدود هذا الإقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين. والثانى مبدأ شخصية التطبيق، وهو الذى يطلق عليه مبدأ شخصية القوانين **principe de la personnalité des lois**: ويقصد به أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص المنتمين إليها حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها ، ولا يطبق على الأجانب ولو كانوا مقيمين على إقليمها .

ويقوم مبدأ إقليمية التطبيق على أساس ما للدولة من سيادة تامة على إقليمها ؛ فلها أن تفرض النظام الذى تريده على جميع القاطنين فى هذا الإقليم. بينما يقوم مبدأ شخصية التطبيق على أساس أن الدولة تمثل جماعة من الأشخاص لا يعتبر الاقليم بالنسبة إليهم سوى محل إقامة ، فهم الذين وضعت القوانين فى الأصل من أجلهم ، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها أينما كانوا .

ولو أن مبدأ إقليمية التطبيق أخذ به على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة . غير أن الاتصال الدولى ، سواء فى النطاق الدولى بين الدول أو فى النطاق الخاص بين أشخاص من دول مختلفة ، أدى إلى نشوء أوضاع وعلاقات لايلائمها الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه ، بحيث تدعو الحاجة فى مثل هذه الحالات إلى السماح بتطبيق القانون الأجنبى . ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بهذا المبدأ الأخير على إطلاقه يتعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها ويسمح للأجنبى أن يخالف القواعد التى تتعلق بالنظام

العام والآداب فى الدولة ، مما يتعين معه أن يحتفظ لقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى .

وهكذا تم الأخذ بالمبدأين معا ، كل منهما فى نطاق معين ، فنشأ التنازع بين قوانين دول مختلفة .

وقد تفاوت مدى الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول والعصور .ولكن السائد اليوم فى أغلب الدول الحديثة أن مبدأ إقليمية التطبيق هو الأصل، ومبدأ شخصية التطبيق هو الاستثناء .

١٣٣ — تطبيق القانون فى مصر :

الأصل فى مصر ، كما هو الشأن فى أغلب الدول الحديثة ، أن يطبق القانون المصرى تطبيقا إقليميا . غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تختلف طبيعتها ويتفاوت مداها بحسب نوع القواعد القانونية .

وقبل أن نعرض لتفصيل ذلك يجدر أن نشير إلى أن تطبيق القانون المصرى تطبيقا إقليميا لم يقدر له أن يسود دائما على النحو الذى نراه فى غيرها من الدول الحديثة . ذلك أن التطبيق الاقليمى للقانون المصرى على نحو سليم يقتضى وحدة القانون المصرى الذى يطبق داخل حدود مصر ، كما يقتضى وحدة الهيئة القضائية التى تتولى تطبيق هذا القانون . ومع ذلك فإنه نظرا إلى ظروف مصر الخاصة تعددت القوانين التى تطبق على القاطنين فى أرضها ، كما تعددت الهيئات القضائية التى تطبق هذه القوانين.ويرجع ذلك إلى العاملين الآتيين :

(١) الامتيازات الأجنبية : فبمقتضى هذه الإمتيازات كان الأجانب فى مصر قبل إنشاء المحاكم المختلطة يخضعون لقوانين بلادهم ، وكان محاكمهم القنصلية هى التى تختص بتطبيق هذه القوانين عليهم. وبذلك كان يطبق القانون المصرى تطبيقا شخصيا، إذ لم يكن يطبق على الأجانب ، كما لم تكن المحاكم المصرية مختصة بنظر قضايا الأجانب. ثم أنشئت المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، فوضعت لها التقنينات المختلطة لتطبقها على الأجانب. وعلى الرغم من كون هذه التقنينات وتلك المحاكم مصرية ، فإن التطبيق الاقليمى للقانون المصرى

لم يكن كاملا . إذ كان المصريون يخضعون لقوانين أخرى هى التقنينات الأهلية ، وكانوا يتقاضون أمام هيئة قضائية أخرى هى المحاكم الأهلية ؛ وكانت أغلبية قضاة المحاكم المختلطة من الأجانب . وكان التشريع المصرى ؛ عدا التقنينات المختلطة ، لا يسرى على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة ، أو إذا وافقت عليه الدول صاحبة الامتياز بالنسبة إلى بعض المسائل. وظلت المحاكم القنصلية للأجانب هى صاحبة الاختصاص فى المسائل الجنائية فى غير المخالفات ، أى فى الجنح والجنايات ، وفى المسائل المدنية والتجارية غير العقارية إذا كان الخصمان من جنسية واحدة ، وفى مسائل الأحوال الشخصية .

ففى ظل هذا الوضع الشاذ كان الأجنبى فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله فى مركز أسمى من مركز المصرى ، بينما فى البلاد الأخرى يكون الأجنبى فى مركز أدنى من مركز الوطنى .

ثم ألغيت هذه الإمتيازات بمقتضى اتفاقية مونترو التى عقدتها مصر مع الدول صاحبة الامتياز سنة ١٩٣٧ ؛ حيث حددت هذه الإتفاقية فترة انتقال تنتهى فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فبعد انتهاء هذه الفترة زال كل أثر للامتيازات الأجنبية ، فتوحد القانون المصرى ، وتوحدت الهيئة القضائية المصرية ، بالنسبة إلى جميع المقيمين فى مصر من مصريين وأجانب . وبذلك أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا إقليميا كاملا من هذه الناحية .

(٢) الامتيازات الطائفية : ترجع هذه الامتيازات إلى اختلاف الدين بين المصريين . فهى امتيازات يتمتع بها غير المسلمين من المصريين فى بعض مسائل الأحوال الشخصية وفقا لما ذكرناه عند الكلام فى الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى فى هذه المسائل (١) :

فقد رأينا أنه قبل صدور التقنينات المصرية الأولى فى سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، كانت الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى جميع المسائل ، واستثنى من تطبيقها

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٨٦ — ٩٣ .

غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون فى هذه المسائل لشرائعهم الدينية . وبعد صدور هذه التقنينات لم تعد الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى جميع المسائل ، بل أصبحت ولايتها العامة قاصرة على المسائل التى أغفلتها هذه التقنينات ومن بينها مسائل الأحوال الشخصية ، ويبقى غير المسلمين خاضعين فى أحوالهم الشخصية لشرائعهم الدينية بصفة استثنائية وفى حدود مقيدة على النحو الذى فصلناه من قبل .

وقد أدى هذا الوضع إلى تعدد القانون الذى يطبق فى مسائل الأحوال الشخصية على المصريين بتعدد دياناتهم : فى هذا النطاق يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع المسيحيون للشريعة المسيحية أو القانون الكنسى ، ويخضع اليهود للشريعة الموسوية ، وذلك فى الحدود التى رأيناها فيما تقدم . كذلك تعددت الجهات القضائية التى تختص بالنظر فى هذه المسائل . فكانت المحاكم الشرعية هى الجهة ذات الاختصاص العام : وكانت المجالس الملية تختص بالنسبة إلى غير المسلمين فى الحدود التى رأيناها .

وهذا التعدد فى القانون الذى يطبق فى هذه المسائل ، وفى الجهات القضائية التى تختص بالنظر فيها ، يحول دون تطبيق القانون المصرى تطبيقا إقليميا كاملا بالنسبة إلى المصريين أنفسهم. وإذا كان الواجب أن يكون هذا التطبيق إقليميا بالنسبة إلى الأجانب ، وهو ما تحقق فعلا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالأوجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى المصريين .

وقد تحقق أخيرا توحيد الجهة القضائية فى هذا الخصوص . حيث ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس الملية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وقبل ذلك تم توحيد فريق من قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا . فالهبة ، بعد أن كانت معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية ، نظمها التقنين المدنى الحالى باعتبارها عقدا من العقود المالية . والأهلية والولاية على المال وحدت أحكامهما منذ سنة ١٩٢٥ .

لكن يبقى بعد ذلك الميراث والوصية ، وكذلك المسائل المتعلقة بالأسرة ، وهى

مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع عليهما . فهذا الفريق من مسائل الأحوال الشخصية يجدر توحيده حتى تتحقق وحدة القانون بعد أن تحققت وحدة الجهة القضائية ، وبذلك يتوفر للقانون المصرى التطبيق الإقليمى الكامل . ولنا أمل وطيد فى الوصول إلى هذه الغاية عما قريب .

ونعود بعد ذلك إلى تفصيل ما قلناه من أن الأصل هو أن يطبق القانون المصرى تطبيقا إقليميا ، وأن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل . حيث يقتضى الأمر أن نتبين ذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، ثم فى نطاق القانون الخاص ، ثم نعرض أخيرا لاستثناء بمقتضى قواعد القانون الدولى العام .

المبحث الأول

القانون العام

١٣٤ — مبدأ إقليمية التطبيق :

يسود فى نطاق القانون العام الداخلى مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى ، إذ أن قواعد هذا القانون تتصل اتصالا وثيقا بسيادة الدولة وأمنها وسلامتها ، ومن ثم تتعلق جميعها بالنظام العام . ولذلك لا يرد فى هذا النطاق من الاستثناءات إلا ما يقتضيه أمن الدولة وسلامتها .

وإذا كان هناك تفريق فى المعاملة بين الوطنين والأجانب فى هذا المجال ، وهو ما نجده فى جميع الدول ، فإنه لايخل بمبدأ إقليمية التطبيق ، إذ أن قانون الدولة هو الذى يسرى على الأجانب .

ويتضح ذلك من التطبيقات الآتية :

(١) فلا يسرى القانون الدستورى إلا فى داخل الدولة فيما يتعلق بتحديد نظام الحكم فيها وبيان السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها بالبعض الآخر .

أما فى خصوص ما يقرره هذا القانون للأفراد من حريات عامة وحقوق وواجبات قبل الدولة ، فإن الأجانب فى جميع الدول لايتمتعون بالحقوق ذاتها التى

يتمتع بها الوطنيون ، ولا يلتزمون بالواجبات ذاتها التى يلتزم بها الوطنيون . فمثلا يقتصر حق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية على الوطنيين دون الأجانب ، ويقتصر حق تولى الوظائف العامة بحسب الأصل على الوطنيين . ويقتصر واجب أداء الخدمة العسكرية على الوطنين . إنما يلاحظ أن قانون الدولة بما يتضمنه من قيود فى هذا الشأن هو الذى يسرى ، فهو وحده الذى يحدد ما يتمتع به الأجانب من حقوق ويلتزمون به من واجبات .

(٢) ويطبق القانون الادارى تطبيقا إقليميا . إذ أنه ينظم نشاط السلطة التنفيذية فى قيامها بوظيفتها الإدارية . وهناك قواعد خاصة بالموظفين الأجانب ، إنما يقرر هذه القواعد قانون الدولة ، فهو القانون الذى يحكم العلاقة بين الموظف الأجنبى والدولة ، ولهذا قلنا إن هذه التفرقة فى المعاملة بين الوطنيين والأجانب ليس من شأنها أن تخل بمبدأ إقليمية التطبيق فى هذا المجال . كما أنه إذا ارتبط أجنبى مع الدولة بعقد إدارى فإن هذه العلاقة يحكمها قانون الدولة بصرف النظر عما يقرره قانون دولة الأجنبى .

(٣) ويطبق القانون المالى تطبيقا إقليميا . إذ أنه ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فإذا مارس الأجنبى نشاطا يخضع لضريبة معينة التزم بدفع هذه الضريبة وفقا لقانون الدولة .

(٤) والأصل فيما يتعلق بقانون العقوبات هو إقليمية التطبيق . وقد نصت المادة الأولى من تقنين العقوبات المصرى فى هذا الصدد على أن « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » . فمن يرتكب جريمة فى مصر يسرى عليه قانون العقوبات المصرى ، ولو كان أجنبيا . ومن يرتكب جريمة فى الخارج لا يسرى عليه القانون المصرى ، ولو كان مصريا .

غير أنه استثناء من هذا المبدأ يسرى القانون المصرى على بعض الجرائم التى ترتكب فى الخارج مراعاة لاعتبارات معينة :

ا — فهناك حالات تكون مصر فيها أولى من غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب فى الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجانب ؛ وذلك إذا كان الفعل الذى ارتكب فى الخارج يجعل من صدر منه فاعلا أو شريكا فى جريمة وقعت كلها أو بعضها فى مصر (م ٢ بند أولا عقوبات) .

ب — كما أن حق الدولة المصرية فى المحافظة على أمنها وكيانها يخولها العقاب على الجرائم التى ترتكب فى الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجانب ، إذا كانت تخل بأمن حكومتها أو تعتبر تزويرا فى أوراقها الرسمية أو أختامها أو تزييفا فى نقودها (م ٢ بند ثانياً عقوبات) .

ج — كذلك تقضى الضرورة بأن تعاقب الدولة المصرية كل من يرتكب من رعاياها فى الخارج فعلا يعتبر فى القانون المصرى جناية أو جنحة إذا عاد إلى مصر وكان الفعل معاقبا عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكب فيه (م ٣ عقوبات) ، حتى لا تكون العودة وسيلة إلى الهرب من العقاب ، ولكى لا تضطر الدولة إلى تسليم رعاياها . وذلك ما لم يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما نسب إليه أو أنها حكمت عليه نهائيا واستوفى عقوبته (م ٤ عقوبات) .

المبحث الثانى

القانون الخاص

١٣٥ — تنازع القوانين من حيث المكان :

إن أهم استثناء يرد على مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى هو ذلك الذى ينشأ عن الأخذ بقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان . ذلك أن العلاقات القانونية فى نطاق القانون الخاص لا تتعلق بسيادة الدولة وكيانها والنظام العام فيها على النحو الذى نراه فى نطاق القانون العام . لذلك اقتضى قيام هذه العلاقات فى المجال الدولى ، بأن تكون ذات عنصر أجنبى ، إلى الخروج على مبدأ إقليمية التطبيق ، حيث يسمح بأن يطبق فى الدولة قانون أجنبى لدولة أخرى . وقد رأينا أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، ويقال لها كذلك قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أو قواعد الإسناد ، تتكفل ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى(١) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٦ .

وقد تعين هذه القواعد قانونا اجنبيا يطبق على ما يقع فى داخل مصر ، ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي فى هذه الحالة خروجا على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصرى . كما قد يؤدى الأخذ بهذه القواعد فى بلد أجنبي إلى تطبيق القانون المصرى على ما يقع خارج مصر ، ويكون هذا أيضا خروجا على مبدأ أقليمية تطبيق القانون المصرى .

فمثلا فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضى قواعد الاسناد المصرية بأنها تخضع بوجه عام لقانون الدولة التى ينتمى اليها الشخص بجنسيته . فإذا نشأ نزاع فى مصر بين زوجين اجنبيين يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة زواجهما طبق قانون جنسيتهما (م ١٢ مدنى) . وإذا تم زواج فى الخارج بين مصريين فإنه يخضع من حيث الشروط الموضوعية لصحته للقانون المصرى . وفى كلا هذين الحالين يرد استثناء على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصرى .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء مقيد بعدم المساس بالنظام العام والآداب . فالسماح بتطبيق قانون أجنبي وفقا لما تقضى به قواعد الاسناد المصرية يشترط فيه ألا تكون القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام والآداب فى مصر . وقد نصت المادة ٢٨ مدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب فى مصر » . فمثلا إذا كانت القاعدة الاجنبية تحرم الطلاق على الزوج المسلم ، أو تحل زواج المسلمة من غير المسلم ، فلا يجوز تطبيقها ، بل يطبق القانون المصرى وهو الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث

القانون الدولى العام

١٣٦ — امتيازات وحصانات رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين :

يتعلق الأمر هنا باستثناء يرد على مبدأ إقليمية التطبيق بمقتضى مبادىء القانون الدولى العام . فقد جرى العرف الدولى على أن يتمتع رؤساء الدول الأجنبية وممثلوها الدبلوماسيون بامتيازات وحصانات تعتبر خروجا على مبدأ إقليمية التطبيق . من ذلك

أنه لا يجوز التعرض لدورهم ولا لمحفوظاتهم أو وثائقهم . ويعفون من أداء الضرائب والرسوم والتفتيش. ولاتسرى عليهم أحكام قانون الجنسية. ولا يخضعون للقضاء الجنائى إطلاقا . ولا يخضعون للقضاء المدنى أو الإدارى فى حدود معينة. فى هذا النطاق لا يخضع هؤلاء لقانون الدولة التى ينتقلون إليها أو يباشرون أعمالهم فيها .

النوع الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

١٣٧ – تقسيم :

يظل القانون يسرى على ما يقع بعد نفاذه إلى يوم إلغائه . فإذا أعقبه قانون جديد سرى هذا القانون على ما يقع بعد نفاذه . غير أنه مع ذلك قد تنشأ صعوبات فى تحديد مدى سريان كل من هذين القانونين على بعض الأوضاع القانونية ، حيث يقوم بينهما تنازع على حكم هذه الأوضاع .

ولذلك نتكلم أولا فى إلغاء القانون ، ثم فى تنازع القوانين من حيث الزمان .

المبحث الأول

إلغاء القانون

١٣٨ – تعريف :

الغاء القاعدة القانونية أو نسخها هو رفع قوتها الملزمة بانهاء سريانها ، سواء كان ذلك لاستبدال قاعدة اخرى بها أو للاستغناء عنها . فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من وقت هذا الإلغاء .

ويرد الإلغاء على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . وتختلف السلطة التى تملكه باختلاف المصدر الذى نشأت عنه القاعدة القانونية . كما أنه لا يتم بطريقة واحدة.

ومن هذا نتكلم فى السلطة التى تملك الإلغاء ، ثم فى أنواع الإلغاء :

المطلب الأول

السلطة التى تملك الإلغاء

١٣٩ – إلغاء القواعد التشريعية :

القاعدة أن السلطة التى تملك الغاء القاعدة القانونية هى تلك التى تملك إنشاءها ، أو سلطة أعلى منها إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل .

وقد رأينا أنه ، بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدنى ، يعتبر التشريع هو المصدر الأصلى العام الذى تستمد منه القواعد القانونية ، بحيث لا يلتجأ إلى مصدر آخر إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية .

ويترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية . وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ... » .

ونظرا إلى تدرج التشريعات فى القوة لا تلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة تشريعية من درجتها ، أو من درجة أعلى منها . فقد رأينا أن التشريع على درجات ثلاث ، مما لا يجوز معه أن يأتى التشريع الأدنى مخالفا للتشريع الأعلى منه . وكما يراعى هذا التدرج فى إنشاء القاعدة التشريعية ، تنبغى مراعاته كذلك فى إلغائها . فالتشريع الأساسى لا يلغى إلا بتشريع أساسى . والتشريع العادى لا يلغى إلا بتشريع عادى أو بتشريع أساسى . والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو بتشريع عادى أو بتشريع أساسى .

كما يترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا يلغيها العرف ، إذ هو أدنى مرتبة منها ، كما أن نص المادة الثانية من التقنين المدنى الذى ذكرناه قاطع فى هذا المعنى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : « وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق » (١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

وعليه ، فليس صحيحا ما يراه البعض من إمكان إلغاء التشريع عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة . فإذا صح ما يقال من أن هذا الإهمال يؤدى إلى نشوء عرف سلبي مخالف للتشريع ، فإن هذا العرف لا يلغى التشريع . وقد رأينا أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع ، سواء كانت القاعدة التشريعية آمرة أو مكملة ، وأنه فى الحالات الاستثنائية التى يمكن أن ينشأ فيها عرف مخالف لبعض القواعد التشريعية المكملة بمقتضى نصوص خاصة فإن هذا العرف لا يلغى القاعدة التشريعية(١) . ومن ثم فإن القاعدة التشريعية ، سواء كانت آمرة أو مكملة ، لا يمكن إلغاؤها بواسطة قاعدة عرفية .

١٤٠ — إلغاء القواعد غير التشريعية :

تلغى القاعدة الدينية بقاعدة تشريعية . فقد رأينا أن الدين يعتبر مصدرا رسميا على التشريع فى مسائل الأحوال الشخصية . فإذا كانت القاعدة الدينية هى المطبقة فى هذا المجال ، ثم تدخل الشارع فاستبدل بها قاعدة تشريعية ، فإن هذه الأخيرة تلغى القاعدة الدينية . ومن الواضح أن هذا الإلغاء لا يرفع عن القاعدة الدينية صفتها الدينية ، فهذه الصفة تبقى لها ، وإنما يرد الإلغاء عليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعى فيرفع عنها قوتها الملزمة .

وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة عرفية أخرى تخالفها . فإذا كان هناك عرف قائم ، ثم تطورت الظروف فنشأ عرف يخالفه ، فإن هذا يعنى أن العرف اللاحق قد ألغى العرف الذى كان قائما من قبل . كما تلغى القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية ، إذ أن التشريع مقدم على العرف فى التطبيق ، بحيث لا يلتجأ إلى العرف إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية كما رأينا . فإذا وضعت قاعدة تشريعية فى مسألة معينة امتنع تطبيق العرف فيها ، إذ تكون القاعدة التشريعية قد ألغت هذا العرف .

وتلغى القاعدة المستمدة من مبادىء الشريعة الإسلامية بقاعدة تشريعية أو عرفية ، إذ أن التشريع والعرف مقدمان فى التطبيق على القواعد المستمدة من هذه المبادىء

---

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١٠٩ .

كما قدمنا : فإذا كانت هناك مسألة تحكمها قاعدة مستمدة من مبادىء الشريعة الإسلامية لعدم وجود تشريع أو عرف فى خصوص هذه المسألة ، ثم وضعت قاعدة تشريعية أو نشأت قاعدة عرفية تحكمها ، فإن القاعدة المستمدة من مبادىء الشريعة تكون قد ألغيت باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعى .

المطلب الثانى

أنواع الإلغاء

١٤١ — الإلغاء الصريح والإلغاء الضمنى :

نصت المادة الثانية من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء،أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » :

وإذا كان هذا النص يتناول فحسب إلغاء القواعد التشريعية ، فإن الإلغاء كما رأينا لا يقتصر على هذه القواعد ، بل يصح أن يرد على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها .

ويتضح من النص أن الإلغاء قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا . وسنعرض لهذين النوعين على التوالى .

١٤٢ — (١) الإلغاء الصريح :

لايتحقق الإلغاء الصريح l'abrogation expresse إلا بواسطة التشريع ،إذ أن التشريع هو الذى يتصور فيه التصريح بالإلغاء .

والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصدور تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد . ومن أمثلة النص على إلغاء

تشريع سابق معين مانصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار التقنين المدنى الحالى ، إذ تقول : « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون» . ومن أمثلة النص على إلغاء مايخالف قواعد التشريع مانصت عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات من أنه «يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون» .

وإذا نص فى التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع من قواعد ، سواء كانت قواعد تشريعية أو غير تشريعية .

ويعتبر من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة ، أو إلى أن يتحقق أمر معين . فإذا انقضت تلك المدة أو تحقق هذا الأمر أصبح التشريع ملغيا . ومن أمثلة الإلغاء بفوات المدة المعينة لسريان التشريع القواعد الخاصة بالتسعير الجبرى لبعض السلع والتى ينص فيها على سريانها لمدة معينة . ومن أمثلة الإلغاء بتحقق أمر معين ما نصت عليه المادة الثامنة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات من أنه « إلى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة المبينة فى القانون المرافق يتولى وزير التربية والتعليم اختصاصات مجلس الجامعه ويتولى مدير الجامعة باقى الاختصاصات » .

١٤٣ — (٢) الإلغاء الضمنى :

الإلغاء الضمنى l'abrogation tacite هو الذى لاينص عليه صراحة ، وإنما يستخلص من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة ، أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق أن نظمه تشريع قديم . فهو يقع فى الصورتين الآتيين :

١٤٤ — الصورة الأولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة :

إذا تعارضت قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية قديمة، أفاد هذا ضمنا نسخ القاعدة القديمة لتعذر تطبيق القاعدتين معا. فإذا كانت القاعدة الجديدة قاعدة تشريعية دل هذا التعارض على أن الشارع أراد أن يلغى ضمنا القاعدة القديمة .

وتصدق هذه الصورة للإلغاء الضمنى فى الواقع على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . فهو يتحقق إذا قام تعارض بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة تشريعية قديمة . أو بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة قديمة دينية أو عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية. أو بين قاعدة عرفية جديدة وقاعدة قديمة عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية .

ويكون الإلغاء حينئذ فى حدود ماهنالك من تعارض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة . فهو يقع بالقدر الذى يرفع التنافر بين القاعدتين .

فإذا كان التعارض تاما بين هاتين القاعدتين نسخت القاعدة القديمة بأكملها . ويتحقق ذلك إذا كانت القاعدتان كلتاهما عامة ؛ أو كانتا كلتاهما خاصة . إذ فى كلا الحالين يكون الحكم الذى تضمنته القاعدتان المتعارضتان ذا صفة واحدة من حيث كونه عاما أو خاصا، فلا يمكن رفع مابينهما من تناقض إلا بإلغاء إحداهما كلية ؛

أما إذا كان التعارض جزئيا فلا يقع الإلغاء إلا فى حدود القدر الذى يوجد فيه التعارض بين القاعدتين . ويتحقق ذلك إذا كانت إحدى القاعدتين عامة والأخرى خاصة . إذ فى هذه الحالة تتضمن إحدى القاعدتين حكما عاما، وتتضمن الأخرى حكما خاصا يتناول مسألة جزئية تدخل فى نطاق الحكم العام ولكنها تخالفه ، فينسخ من الحكم العام مايقابل هذه المسألة الجزئية، ويبقى ماعدا هذه المسألة من الحكم العام حيث لاتعارض فى شأنه . وذلك سواء صدرت القاعدتان فى وقت واحد ، أو كانتا متعاقبتين .

فإذا كانت القاعدة القديمة عامة : والقاعدة الجديدة خاصة ، فلا تلغى القاعدة القديمة

بأكملها ، وإنما يلغى منها ما اختصت به القاعدة الخاصة . حيث تحد القاعدة الجديدة الخاصة بقدر ماجاءت به من نطاق القاعدة القديمة العامة ، فتكون استثناء واردا عليها. مثل ذلك أن التقنين المدنى القديم كان يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد العقد فى الأموال منقولة كانت أو عقارية ، ثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦ ، فقضيا بأن الملكية فى العقار لاتنتقل إلا بالتسجيل . فكانت القاعدة فى التقنين القديم تتضمن حكما عاما يتناول الأموال جميعا سواء كانت منقولة أو عقارية ، بينما تتضمن القاعدة الجديدة فى قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى حكما خاصا مخالفاً بالنسبة إلى العقارات . فترتب على ذلك إلغاء الحكم العام الوارد فى التقنين القديم فى شأن العقارات فحسب ، وبقى هذا الحكم فى شأن المنقولات . وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة استثناء واردا على القاعدة العامة .

وإذا كانت القاعدة القديمة خاصة ، والقاعدة الجديدة عامة ، فلا تلغى القاعدة الخاصة ؛ لأن الحكم الخاص لايلغى ضمنيا إلا بحكم خاص مثله يتعارض معه . فالقاعدة العامة لاتلغى القاعدة الخاصة ، وإنما تظل القاعدة الخاصة باعتبارها استثناء يرد على القاعدة العامة . مثل ذلك أن قانون الشهر العقارى الصادر فى سنة ١٩٤٦ يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية فى العقار لاتنتقل إلا بالتسجيل . ثم جاء التقنين المدنى الحالى بعد ذلك فأورد قاعدة عامة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد ، وأضاف فى نهايتها عبارة « وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدنى) . ولو أن الشارع لم يذكر هذه العبارة لما تغير الحكم . فالحكم الوارد فى قانون الشهر العقارى حكم خاص لايلغيه الحكم العام الوارد فى التقنين المدنى . وبذلك يظل الحكم الخاص استثناء واردا على الحكم العام .

١٤٥ — الصورة الثانية : تنظيم الموضوع من جديد :

إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده تشريع قديم ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لاتتعارض معها(١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هـــذا المعنى إن من صور النسخ الضمنى « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هـــذا التشريع والتشريع الذى تلاه »(٢) .

فالمفروض فى هذه الصورة أن يتعلق التعارض بين التشريع الجديد والتشريع السابق بالمبدأ الذى أسس عليه هذا الأخير ، ولذلك يتناول النسخ أحكام التشريع السابق جميعها .

---

(١) ولـكن إعادة تنظيم الأحـكام العامة للموضوع لاتؤدى إلى إلغاء الأحـكام الخاصة القديمة فى هذا الموضوع إلغاء ضمنيا . ولذلك فإن التقنين المدنى الحالى قد أعيد فيه تنظيم الموضوعات المختلفة التى شملها ؛ ومع ذلك لم يترتب عليه إلغاء ضمنى للقوانين الخاصة السابقة عليه والتى تضمنت أحكاما خاصة فى بعض هذه الموضوعات ؛ كقانون تجزئة الضمان الصادر فى سنة ١٩٤٢ وقانون إيجار الأماكن الصادر فى سنة ١٩٤٧ . إذ أن هذا التقنين قد نظم من جديد الموضوعات التى شملها فى أحكامها العامة ؛ مما لايؤدى إلى نسخ الأحكام الخاصة القديمة فى خصوص بعض هذه الموضوعات .

وتأييدا لذلك فإن المادة الأولى من قانون إصدار هذا التقنين كانت تتضمن فى المشروع فقرة ثانية تنص على أن « يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون » . ولـكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ؛ وذلك « بقصد الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعا دائمة أو موقوتة حتى لاينصرف النص فى عمومه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لايدخل فى قصد المشرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٦٨ — ١٧٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

والغالب أن ينص الشارع صراحة فى التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق . غير الحكم لايتغير لو أنه سكت عن هذا الإلغاء الصريح ، حيث يكون الإلغاء ضمنيا بالنسبة إلى التشريع السابق بأكمله : فمثلا فى قانون تنظيم الجامعات ، وقانون الشهر العقارى ،وقانون إيجار الأماكن،نص الشارع على إلغاء التشريعات السابقة التى كانت تنظم هذه الموضوعات ، ولو أنه سكت عن ذلك لألغيت هذه التشريعات ضمنا .

المبحث الثانى

تنازع القوانين من حيث الزمان

١٤٦ – وضع المسألة .

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، بحسب الأصل ، على مبدأين أساسيين : الأول أن القانون يسرى على الوقائع التى تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه، وهذا مايعبر عنه بالأثر المباشر أو الفورى أو الحال للقانون effet immediat . والثانى أن القانون لايسرى على الوقائع التى تحدث قبل نفاذه ، وهذا مايعبر عنه بعدم رجعية القوانين ، أو بعدم سريان القوانين على الماضى ، أو بعدم استناد القوانين إلى الماضى la non – rétroactivité des lois .

فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، سرت القاعدة الجديدة على مايقع من يوم نفاذها ، وامتنع سريانها على ماوقع قبل هذا النفاذ ، كما يقف سريان القاعدة القديمة : وعلى هذا النحو يتحدد ، بحسب الأصل ، نطاق تطبيق هاتين القاعدتين من حيث الزمان .

ولا تثور صعوبة فى تحديد هذا النطاق إذا تعلق الأمر بأوضاع قانونية نشأت وترتبت آثارها جميعا فى ظل قانون معين . حيث لايتصور فى هذه الحالة أن يقوم تنازع على حكم هذه الأوضاع بين قاعدة وأخرى ، فما نشأ من أوضاع وترتبت آثاره فى ظل القاعدة القديمة يخضع لها ؛ وتلك التى تنشأ وتترتب آثارها فى ظل القاعدة الجديدة

تخضع لها . كأن يتعاقد شخصان ، وينفذ كل منهما التزاماته ، فتنقضى الرابطة العقدية بينهما ، ويحدث هذا كله فى ظل قواعد لم تتغير ، إذ أن هذه القواعد هى التى تطبق . أو يرتكب شخص جريمة ، فتتم محاكمته ، وينفذ الحكم الصادر ضده ، دون أن تتغير القواعد التى تحكم كل هذا .

لكن تثور الصعوبة فى هذا الخصوص بالنسبة إلى أوضاع قانونية تمتد فى ظل قانونين مختلفين . فهناك أوضاع يستغرق تكوينها زمنا طويلا ، كالتقادم والوصية ، فيبدأ تكوينها فى ظل قانون ويتم فى ظل قانون آخر . وهناك أوضاع يستغرق ترتب آثارها زمنا طويلا ، كعقد القرض بفائدة والزواج والجريمة والتقاضى ، فتنشأ فى ظل قانون وتترتب آثارها أو تنقضى فى ظل قانون آخر . وهناك أوضاع تتعلق بصلاحية فى الشخص ، كالأهلية ، فتتوفر للشخص فى ظل قانون وتتعدل أحكامها فى ظل قانون آخر . فى مثل هذه الحالات يثور التساؤل لمعرفة ما يسرى عليه القانون القديم وما يسرى عليه القانون الجديد ، بغية تحديد نطاق تطبيق كل منهما ، كما يتضح من الأمثلة الآتية :

فإذا كان القانون يجيز للشخص أن يكسب ملكية الشىء بالتقادم إذا حازه مدة خمس عشرة سنة بشروط معينة ، فحاز شخص عقارا مملوكا لغيره مدة عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة أو يقصرها أو يغير من شروط التقادم الأخرى ، فإلى أى حد يسرى هذا القانون على مركز الحائز ؟ .

وإذا أبرمت وصية لوارث فى ظل قانون يجعل نفاذها رهينا بإجازة الورثة ، ثم صدر قبل وفاة الموصى قانون جديد يقضى بنفاذ الوصية فى ثلث التركة بغير إجازة الورثة ، فهل يسرى هذا القانون الجديد على الوصية التى أبرمت قبل نفاذه ؟ .

وإذا تم قرض بفائدة سعرها ٨٪ فى ظل قانون يجيز هذا السعر ، ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الإتفاقية ٧٪ ، فما أثر هذا القانون على الفوائد التى لم تستحق إلا بعد نفاذه ؟ .

وإذا كان القانون يخول الزوج حق الطلاق دون حاجة إلى حكم من القاضى ، ثم صدر قانون جديد أثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق إلا بحكم من القاضى ، فهل يسرى هذا القانون على من تزوجوا قبل نفاذه ؟ .

وإذا ارتكب شخص جريمة ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم بالعقوبة وقبل تمام تنفيذها يمحو الجريمة أو يخفف العقوبة أو يشددها ، فما أثر هذا القانون على مركز ذلك الشخص ؟ .

وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وفقا للإجراءات التى يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى يجعلها من اختصاص محكمة أخرى أو يتطلب فى شأنها إجراءات غير التى كانت مقررة ، فما مدى سريان هذا القانون على تلك الدعوى ؟ .

وإذا كان القانون يجعل سن الرشد ثمانى عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذه السن إلى إحدى وعشرين سنة ، فما مركز الأشخاص الذين بلغوا الرشد فى ظل القانون القديم ولم يبلغوا وقت نفاذ القانون الجديد السن المقررة فى هذا القانون ؟ ، وما حكم التصرفات التى عقدها هؤلاء فى ظل القانون القديم ؟ .

وفضلا عن الصعوبة التى توجد فى مثل هذه الحالات فإن من المسلم به أن المبدأين اللذين يسيطران فى هذا الخصوص ، وهما مبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم رجعية القوانين ، لا يجريان على إطلاقهما ، بل ترد عليهما بعض الاستثناءات .

وقد كان مبدأ عدم رجعية القوانين هو المبدأ الأول الذى وجد من قديم كأساس لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . ولكن نظرا إلى عدم كفاية ذلك المبدأ لمواجهة هذه المشكلة ظهرت نظريات فقهية تهدف إلى إيجاد الأسس والضوابط التى تتبع فى هذا الشأن . كما عنى الشارع بإيراد حلول لبعض صور التنازع .

ولهذا نتكلم أولا فى مبدأ عدم رجعية القوانين . ثم نتناول النظريات الفقهية التى ظهرت فى هذا الشأن كى نخلص إلى ما يصح الأخذ به منها ونحدد القواعد التى يجب أن تتبع . ونعرض أخيرا للحلول التشريعية التى عالجت بعض صور التنازع .

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

١٤٧ – ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين :

مبدأ عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضى ، مبدأ أساسى يعتبر من قديم هو الأصل فى حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . وهو يقوم على أساس من المنطق والعدالة والمصلحة العامة .

حيث يقضى المنطق بعدم سريان القانون على الوقائع التى حصلت فى الماضى قبل نفاذه ، بحيث يقتصر سريانه على الوقائع المستقبلة التى تحصل بعد هذا النفاذ . إذ أن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص يتناول ما يجب أن يكون عليه سلوكهم فى خصوص أمر معين ، فلا يتصور أن يفرض هذا السلوك بالنسبة إلى وقائع مضت وانتهى أمرها قبل أن يوجه هذا الخطاب ، وإنما يكون ذلك بالنسبة إلى ما يقع منها فى المستقبل .

وتأبى العدالة أن يسرى القانون على أفعال أو تصرفات سابقة على نفاذه . فليس من العدل أن يأتى الأفراد أفعالا مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة تسرى على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يبرم الأفراد تصرفات تخولهم حقوقا معينة وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام ويسرى على ما تم قبله من تصرفات .

وتوجب المصلحة العامة للجماعة ألا يسرى القانون على الماضى حتى تتحقق ثقة الناس فى القانون ويتوفر الاستقرار الواجب للمعاملات ، وبدون ذلك تهدر هذه الثقة ، فلا يطمئن الناس إلى أفعال يأتونها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يبرمونها وفقا للقواعد القائمة ، الأمر الذى يبعث القلق ويؤدى إلى تعطيل الأعمال وتقويض النظام فى المجتمع .

ومن هذا يبدو جليا أن المبدأ ضرورى لكفالة حريات الأفراد ، وضمان الثقة فى القانون ، وتوفير الاستقرار والنظام فى المجتمع .

١٤٨ – النص على المبدأ ومدى قوته :

نظرا إلى الاعتبارات التى تقضى بضرورة الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين ، تحرص أغلب الدول الحديثة على النص عليه فى تقنيناتها ، بل إن الكثير منها ينص عليه فى الدستور .

وقد ورد النص على هذا المبدإ فى مصر منذ صدور التقنينات الأولى ، وذلك فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما نصت عليه الدساتير المختلفة . فنصت المادة ١٦٤ من الدستور الحالى على أنه « لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة » .

ويتضح من هذا النص الدستورى أن المبدأ يقيد القاضى ، فلا يجوز له مطلقا أن يخرج عليه . أما الشارع فتختلف سلطته فى المواد الجنائية عنها فى المواد الأخرى .

ففى المواد الجنائية يتقيد الشارع كذلك بالمبدأ ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة جديدة أو يشدد عقوبة سابقة على سريان هذا التشريع على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذه ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد . ولذلك فإنه بالإضافة إلى ما يفيده ذلك النص فى هذا المعنى ، نصت المادة ٢٥ من الدستور على أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » . كما نصت المادة الخامسة من تقنين العقوبات على أنه « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » . وسنرى أنه ، استثناء من هذا المبدأ ، تسرى القوانين الجنائية بأثر رجعى إذا كانت أصلح للمتهم .

أما فى غير المواد الجنائية فيجوز للشارع أن يخرج على المبدأ ، فينص على أن يكون للقانون أثر رجعى . ويبين من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور أن هذا الخروج رخصة استثنائية للشارع ، فلا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة . ولذلك يجب أن ينص

على الرجعية صراحة ، فلا يصح أن تستفاد ضمنا . ويجب أن يرد هذا النص فى تشريع عادى بالنسبة إلى أحكام هذا التشريع ، فلا يصح أن يرد فى تشريع فرعى . ويجب أن يوافق على هذا النص أغلبية أعضاء مجلس الأمة ، فلا تكفى أغلبية الأعضاء الحاضرين فى الجلسة إذا كانت دون أغلبية أعضاء المجلس .

١٤٩ – الحاجة الى بيان صور تطبيق المبدأ :

يتضح مما قدمناه فى بياننا لوضع المسألة منذ البداية أن هناك أوضاعاً قانونية تمتد فى ظل قانونين متعاقبين ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو ترتب آثارها أو توفر ما تتطلبه من صلاحية فى الشخص . ولا يكفى أن يرد مبدأ عدم رجعية القوانين على النحو الذى رأيناه لحل مشاكل تنازع القوانين فى مثل هذه الحالات . إذ يبقى بعد ذلك أن نعرف إلى أى حد يسرى القانون القديم على هذه الأوضاع ، ومتى يسرى عليها القانون الجديد .

وقد يعرض الشارع لبعض صور التنازع فيورد الحلول التى تتبع فى شأنها كما سنرى . وقد يضع عند صدور قانون معين أحكاما انتقاليه لعلاج ما قد يثور من تنازع فى شأن تطبيق أحكام هذا القانون .

وإذا سكت الشارع عن إيراد مثل هذه الأحكام الانتقالية ، ولم يكن هناك نص يبين حل التنازع فى المسألة المعروضة ، وقعت على عاتق القاضى مهمة الاجتهاد للوصول إلى حل يطبقه . وكان طبيعياً أن ينهض الفقه لمعاونة القضاء فى هذه المهمة ، ولكنه لم يكن رائدا للقضاء فى هذا المجال ، بل وجه جل همه إلى تأصيل ما جرى عليه القضاء .

المطلب الثانى

النظريات الفقهية فى تنازع القوانين من حيث الزمان

١٥٠ – نظريتان رئيسيتان :

ظهرت فى الفقه نظريات متعددة فى حل تنازع القوانين من حيث الزمان . وعلى الرغم من ذلك لم يوفق الفقه إلى وضع نظرية تحيط بهذه المشكلة على نحو ترسم فيه حدودا منضبطة يمكن الوقوف عندها فى جميع الصور . ويرجع ذلك إلى أن هذه المشكلة بحكم طبيعتها تختلف فيها وجهات النظر من ناحية ، وتتدخل فيها اعتبارات المصلحة والعدالة من ناحية أخرى ، بحيث تؤدى هذه الأعتبارات إلى الخروج فى بعض الصور على المبدإ الذى تتضمنه النظرية . وسنرى أن هذه الاعتبارات هى التى جعلت الشارع لا يتقيد بالنظريات الفقهية فى بعض الحلول التشريعية التى وضعها لفريق من صور التنازع .

وسنعرض من بين هذه النظريات اثنتين رئيسيتين : الأولى هى النظرية التقليدية . والثانية هى النظرية الحديثة .

أولا : النظرية التقليدية

١٥١ – تمهيد :

النظرية التقليدية نظرية قديمة . وهى تقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين ، مع ضبط حدود تطبيقه بالتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وإيراد استثناءات عليه.

وقد سادت هذه النظرية فى الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضى ، كما تأثر بها الفقه والقضاء فى مصر ، ولا يزال القضاء يجرى على استعمال الاصطلاحات التى جاء بها أنصارها .

ولكن تبين منذ أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى أن هذه النظرية تقصر

عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين فى هذا النطاق ، لعدم سلامة التفرقة التى تقول بها ، ولما تنطوى عليه من خلط بين الأثر الرجعى للقانون وأثره الفورى أو المباشر . ومع ذلك ، فإنه نظرا إلى صعوبة المشكلة ، فإن النظرية الحديثة التى قامت لملافاة هذه العيوب لم تنجح تماما فى استبعاد النظرية التقليدية من نطاق التطبيق العملى رغم هجر الفقه لها .

١٥٢ — التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فى تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين :

يعتمد أنصار النظرية التقليدية فى حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على مبدأ عدم رجعية القوانين . ولبيان حدود تطبيق هذا المبدأ يفرقون بين الحق المكتسب droit acquis ومجرد الأمل simple expectative . حيث ذهبوا إلى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعى ، فيمتنع تطبيقه ، إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب فى ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر ، فيجب تطبيقه ، إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد أمل .

فقوام هذه النظرية فى بيان ما يسرى عليه كل من القانونين المتعاقبين عند التنازع هو التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . فالحق المكتسب يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضى ، فيخضع للقانون القديم . أما مجرد الأمل فلا يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضى ، فيخضع لهذا القانون .

غير أن أنصار النظرية لم يتفقوا على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، الأمر الذى أضعف الفكرة الأساسية التى تقوم عليها النظرية وجعلها هدفا للنقد كما سنرى . فعرف البعض الحق المكتسب بأنه الحق الذى دخل فى ذمة الشخص نهائياً بحيث لايمكن نزعه منه إلا برضاه . وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذى يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذى يقوم على سند قانونى . أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقا قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ومن الأمثلة التي يضربها هؤلاء لتوضيح هذه التفرقة ما يأتي :

فمثلا فيما يتعلق بالميراث لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد أمل في الإرث ، أما عند وفاته فيصبح للورثة حق مكتسب في الإرث . فإذا صدر قانون جديد يعدل أنصباء الورثة ، وكان نافذا قبل وفاة المورث ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للورثة في الإرث ، ولذلك يسري على التركة ، إذ لا يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة المورث ، فإنه يمس حقا مكتسباً للورثة في الإرث ، ولذلك لا يسري على التركة ، إذ يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالوصية . ففي أثناء حياة الموصي لا يكون للموصى له سوى مجرد أمل في الحصول على المال الموصى به ، أما عند وفاة الموصي فيصبح للموصى له حق مكتسب في هذا المال . فإذا صدر قانون جديد يعدل القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، بأن جعل هذا القدر ثلث التركة بعد أن كان النصف ، وكان نافذا قبل وفاة الموصي ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للموصى له ، ولذلك يسري على الوصية . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذا بعد وفاة الموصي ، فإنه يمس حقا مكتسبا للموصى له في نصف أموال التركة لو أن الوصية كانت بالنصف ، ولذلك لا يسري على الوصية .

وفي التقادم المكسب الذي لم تكتمل مدته لا يكون للحائز سوى مجرد أمل أن يكسب الحق الذي يحوزه ، أما عند انقضاء هذه المدة فيكون له أن يكسب هذا الحق . فإذا حاز شخص قطعة أرض مملوكة لغيره ، وكانت المدة المقررة لكسب ملكيتها بالتقادم هي خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد قبل انقضاء هذه المدة يطيلها إلى عشرين سنة ، فإنه يسري على ذلك الحائز لأنه لم يكن له سوى مجرد أمل في أن يكسب ملكية هذه الأرض . أما إذا صدر هذا القانون بعد انقضاء المدة فلا يسري على ذلك الحائز ، لأن تطبيقه في هذه الحالة يمس حقا مكتسبا للحائز .

وإذا أبرم عقد في ظل القانون القديم ، ثم امتدت آثاره إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من شروطه أو من آثاره ، فلا يسري عليه هذا القانون سواء

فيما يتعلق بالشروط أو الآثار ، حتى لا يمس الحقوق المكتسبة المتولدة عنه ، بل يظل خاضعا للقانون الذى نشأ فى ظله .

١٥٣ — استثناءات من مبدإ عدم رجعية القوانين :

يتضح مما تقدم أن عدم رجعية القوانين فى النظرية التقليدية يراد به عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم فى ظل القانون القديم إذا كان من شأن هـذا التطبيق المساس بحقوق مكتسبة . ولكن أنصار النظرية يوردون على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعى رغم ما فى ذلك من مساس بحقوق مكتسبة . وهذه الاستثناءات هى :

١ — النص الصريح على الرجعية : فمبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضى ، فلا يجوز له مطلقا أن يخرج عليه . أما الشارع فيجوز له فى غير المواد الجنائية أن يخرج على المبدإ ، فينص على أن يكون للقانون أثر رجعى . وقد رأينا أن هذا الخروج ، وفقا لما يؤخذ من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور ، رخصة استثنائية لا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة . ولذلك يجب أن ينص على الرجعية صراحة ، وأن يرد هذا النص فى تشريع عادى لا فرعى ، وأن يوافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمة[1] .

٢ — القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : فالقوانين الجنائية الجديدة تسرى بأثر رجعى على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وهذا استثناء من مبدإ عدم رجعية القوانين الجنائية لا ينافى الحرية الفردية . كما أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحا ، أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وسنرى أن هذا الاستثناء مقرر فى القانون المصرى ، حيث نتبين فيما بعد مدى استفادة المتهم من مثل تلك القوانين .

٣ — القوانين التفسيرية : فهذه القوانين هى التى يصدرها الشارع لبيان المعنى

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

المقصود من تشريع سابق على أثر ماظهر فى العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذى قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بمايخالف هذا المعنى .

ويعتبر القانون التفسيرى بحكم طبيعته جزءا متمما للتشريع المراد تفسيره ، ولذلك فهو يسرى على ماوقع قبل صدوره فى ظل هذا التشريع استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيلتزم القضاء بتطبيقه على الدعاوى التى مازالت منظورة أمامه . أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها نهائيا قبل نفاذ القانون التفسيرى فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضى .

٤ — القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : فإذا صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسرى على الماضى ، استثناء من مبدإ عدم الرجعية ، فيمس الحقوق المكتسبة . حيث لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق كسبه إذا كان هذا الحق قد أصبح مخالفا للنظام العام أو الآداب .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية القوانين الخاصة بتحديد سن الرشد . فإذا صدر قانون يرفع هذه السن فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا ، حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا فى حكم القانون القديم .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالقوانين التى تنظم الطلاق . فإذا صدر قانون يفرض على الزوج أن يستصدر حكما من القاضى بالطلاق بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم الذى كان يجعل الطلاق بإرادة الزوج وحده .

غير أن بعض أنصار النظرية يقصرون حكم هذا الاستثناء على فريق من القواعد المتعلقة بالنظام العام . فهم يفرقون فى هذا النطاق بين نوعين من هذه القواعد : النوع الأول يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة عامة ، كالقانون الذى يفرض سعراً إلزاميا للعملة الورقية ، وهذه يكون لها أثر رجعى فتسرى على العقود السابقة التى لم يتم تنفيذها بعد . والنوع الثانى يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة خاصة ، كالقانون

الذى يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، وهذه لايكون لها أثر رجعى فتظل العقود السابقة التى نشأت فى ظل القانون القديم خاضعة له .

١٥٤ – نقد النظرية التقليدية :

يخلص مما تقدم أنه وفقا للنظرية التقليدية فى تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم حل هذا التنازع على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن الرجعية تتحقق إذا كان هناك مساس بحق مكتسب ، وأن ثمة استثناءات ترد على ذلك المبدأ فيجوز فيها أن يكون للقانون أثر رجعى .

وقد وجه الفقه الحديث نقدا شديداً إلى هذه النظرية من وجوه ثلاثة ، هى غموض معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وعدم صلاحيته ، والخلط بين الأثر الرجعى للقانون وأثره المباشر .

فالمعيار الذى تقوم عليه النظرية ، وهو الحق المكتسب ، معيار غير منضبط ، مما أدى إلى اختلاف أنصار النظرية فى تعريفه وفقا لما قدمنا .

كما أن هذا المعيار ، على فرض وضوحه ، لايصلح لحل كل حالات تنازع القوانين . فهناك حالات لايوجد فيها حق مكتسب ، ومع ذلك يعتبر تطبيق القانون الجديد عليها سريانا على الماضى . فالمركز القانونى الذى يستغرق تكوينه زمنا لايخول حقا مكتسبا إلا عند تمام التكوين ، ومع ذلك إذا أدركه قانون جديد وهو فى دور التكوين فلا يسرى على ماتم من عناصر هذا التكوين حتى لايكون له أثر رجعى . فمثلا إذا صدر فى أثناء سريان التقادم قانون جديد يلغى سببا للوقف فلا يترتب عليه إهدار ماتم من وقف قبل نفاذه ، وذلك على الرغم من عدم وجود حق مكتسب ، إذ أن عدم سريان هذا القانون على الماضى يقتضى إلغاء سبب الوقف من وقت نفاذه فحسب . كذلك إذا أبرمت وصية ثم صدر قانون قبل وفاة الموصى يغير من شروطها الشكلية ، فلا يسرى عليها ذلك القانون فيما يتعلق بهذه الشروط ، وذلك على الرغم من أن الموصى له لم يستحق الوصية بعد عند نفاذه لعدم وفاة الموصى .

هذا إلى ماتنطوى عليه النظرية من خلط بين الأثر الرجعى للقانون وأثره الفورى أو المباشر . فهناك حالات يعتبر تطبيق القانون الجديد فيها بأثر رجعى وفقا للنظرية ، مع أنه لاتوجد رجعية ، وإنما الحقيقة أن هذا القانون يطبق بأثر مباشر حيث يسرى على مايقع بعد نفاذه . ومن أمثلة هذه الحالات مارأيناه من تطبيقات لحكم الاستثناء الذى يرد على مبدأ عدم الرجعية إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فإذا صدر قانون يرفع سن الرشد فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا فى حكم القانون القديم . ويرى أنصار النظرية أن هذا يعتبر سريانا على الماضى استثناء من مبدأ عدم الرجعية . والحقيقة أن القانون الجديد يطبق فى هذه الحالة بأثر مباشر ، فهو لا يسرى على ماوقع قبل نفاذه ، حيث لا يعود الشخص قاصرا إلا من وقت هذا النفاذ ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة السابقة التى كان الشخص خلالها رشيدا . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعى لاعتبر هذا الشخص قاصرا خلال تلك الفترة ، بحيث يترتب على ذلك أن تصبح تصرفاته أثناءها باطلة أو قابلة للإبطال ، مع أنها تظل صحيحة . كذلك إذا صدر قانون يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضى بذلك ، بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم . ولا يعتبر هذا سريانا على الماضى كما يقول أنصار النظرية ، وإنما هو تطبيق للقانون الجديد بأثر مباشر ، فلا يكون له أثر على ماتم قبل نفاذه . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعى لترتب على ذلك إهدار ماتم من طلاق وقع قبل نفاذه بإرادة الزوج وحده ، مع أن هذا الطلاق يظل صحيحا .

ثانيا : النظرية الحديثة

١٥٥ — التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون :

فى ضوء ماذكرناه من مآخذ على النظرية التقليدية أعرض عنها الفقه الحديث واتجه إلى نظرية حديثة عنيت بتحديد المعنى الحقيقى للأثر الرجعى وفرقت بينه وبين الأثر المباشر للقانون . فحل تنازع القوانين من حيث الزمان فى هذه النظرية يقوم على مبدأين ،

هما عدم رجعية القانون الجديد ، والأثر الفورى أو المباشر لهذا القانون ، مع إيراد استثناءات على كل منهما .

وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الفقيه الفرنسى فاريل سوميير Vareilles Sommières فى مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ بعنوان « نظرية جديدة فى رجعية القوانين » .

وكان للفقيه الفرنسى روبييه Robier فضل كبير فى عرض هذه النظرية وتفصيلها فى كتابه من جزءين عن « تنازع القوانين فى الزمان » ، وهو يعتبر من خير ما كتب فى الفقه الفرنسى فى هذا الموضوع . وسنعرض النظرية وفقا لآراء هذا الفقيه ، وإن كانت تختلف فى بعض التفاصيل عن آراء غيره من الفقهاء الذين ينتصرون للنظرية .

وسنتناول أولا فى هذه النظرية مبدأ عدم رجعية القانون وما يرد عليه من استثناءات ، ثم مبدأ الأثر المباشر او الفورى للقانون وما يرد عليه من استثناءات .

(١) عدم رجعية القانون

١٥٦ — المبدأ وحدود تطبيقه :

القاعدة هى عدم رجعية القانون ، فلا يسرى القانون على ماوقع فى الماضى قبل نفاذه .

ويؤثر الأستاذ روبييه اصطلاح المراكز القانونية Situations juridiques للتعبير عن الأوضاع والحالات القانونية التى توضع القوانين لتنظيمها ، إذيراه من السعة بحيث يشمل كل هذه الأوضاع على اختلاف صورها(١) ، كمركز الزوج ومركز المالك ومركز المنتفع ومركز المرتهن ومركز الدائن أو المدين ومركز البائع أو المشترى ومركز المؤجر أو المستأجر .

وتظهر الصعوبة فى بيان حدود تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة إلى المراكز

---

(١) روبييه ؛ ج ١ ، فقرة ٤٢ .

القانونية التى يستغرق تكوينها أو انقضاؤها أو ترتب آثارها فترة من الزمن إذا ما صدر قانون جديد خلال هذه الفترة . حيث تجب معرفة مدى أثر القانون الجديد على هذه المراكز .

ولبيان هذا الأثر تجب التفرقة بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، وتلك التى تتعلق بآثار هذه المراكز .

١٥٧ — (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

من المراكز القانونية مالا يستغرق تكوينه أو انقضاؤه زمنا . كأن يتوفى المورث فيصبح الوارث مالكا لأموال التركة بمجرد الوفاة ، إذ يتحدد مركز الوارث فور هذه الوفاة . أو يتفق البائع والمشترى على بيع منقول فينشأ العقد وتنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد توافق الإرادتين ، إذ يتكون مركز المشترى عند تمام هذا التوافق دون الاعتداد بما سبقه من مفاوضات . أو ينزل الدائن عن حقه فينقضى الدين بمجرد النزول ، إذ ينقضى مركز الدائن فى اللحظة التى يتم فيها هذا النزول :

ومن هذه المراكز ما يستغرق تكوينه أو انقضاؤه فترة من الزمن : فبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه حالة واقعية تظل مدة معينة . كما هى الحال فى التقادم المكسب للحقوق العينية ، حيث يقوم على حيازة تظل مدة معينة ، فلا يكسب الحائز الحق ، وبالتالى لايتكون مركزه القانونى ، إلا بعد فوات هذه المدة . وكما هى الحال فى التقادم المسقط للحقوق العينية أو الديون ، حيث يقوم على سكوت صاحب الحق أو الدائن عن استعمال حقه أو اقتضاء دينه مدة معينة ، فلا ينقضى الحق أو الدين ، وبالتالى لاينقضى مركز صاحب الحق أو الدائن ، إلا بانتهاء هذه المدة . وبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه اجتماع عدة عناصر فى أوقات مختلفة : كما هى الحال فى الوصية ، حيث لايستحق الموصى له الوصية ، وبالتالى لا يتكون مركزه القانونى ، إلا بتوافر عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاة الموصى ، وهذان لايتمان فى وقت واحد .

(١) وسواء بالنسبة إلى هذا النوع من المراكز القانونية أو ذاك ، فإن ما تم

تكوينه أو انقضاؤه منها فى ظل القانون القديم لا يطبق عليه القانون الجديد الذى يغير من شروط التكوين أو الانقضاء ، إذ أن تطبيقه فى هذه الحالة يعنى سريانه على الماضى .

فمثلا فيما يتعلق بتكوين المراكز القانونية ، لو أن تصرفا أبرم صحيحا فى ورقة عرفية طبقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يتطلب الرسمية فى إبرام هذا التصرف ، فلا يسرى هذا القانون على ذلك التصرف الذى تم فى ظل القانون القديم .

وإذا بلغ شخص سن الثامنة عشرة فأصبح رشيدا فى ظل قانون يجعل هذه السن سن الرشد ، ثم أبرم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، وبعد ذلك صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة ؛ فإن هذا التصرف يظل مع ذلك صحيحا فلا يسرى عليه القانون الجديد .

وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم بعد اكتمال مدته ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يمس هذا القانون مركز الحائز الذى أصبح مالكا قبل نفاذه .

وإذا استحق الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ، ثم صدر قانون يغير من أحكام الوصية ، فلا يمس هذا القانون مركز الموصى له .

وفيما يتعلق بانقضاء المراكز القانونية ، إذا طلق شخص زوجته بطريقة معينة يجيزها القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يحرم الطلاق بهذه الطريقة ، فلا يطبق هذا القانون على حالات الطلاق التى تمت قبل نفاذه وانقضى بمقتضاها مركز كل من الزوجين .

وإذا انقضى حق عينى أو دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يسرى هذا القانون على المالك الذى خلص له ملكه بسقوط الحق العينى الذى كان يثقله أو الشخص الذى كان مدينا ثم برئت ذمته بسقوط دينه ، إذ أن المركز القانونى الذى كان لهذا الشخص أو ذاك قد انقضى فى ظل القانون القديم .

(٢) أما إذا كانت المراكز القانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها زمنا ، وبدأ هذا التكوين أو الانقضاء فى ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد يعدل من

شروطه قبل تمامه ، فإن هذا القانون يسرى على تلك المراكز ، إذ ليس فى هذا التطبيق ما يعتبر سريانا على الماضى ما دام أن تلك المراكز لم يتم بعد تكوينها أو انقضاؤها .

غير أنه إذا كانت بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التى تمت فى ظل القانون القديم قد توفرت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، فلا يطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعى .

فمثلا يتكون مركز الموصى له باجتماع عنصرين كما قلنا ، هما وجود وصية صحيحة ووفاة الموصى . فإذا صدر بعد إبرام الوصية صحيحة وقبل وفاة الموصى قانون جديد يعدل من شروط هذا الإبرام ، كان يتطلب شكلا معينا لابرام الوصية لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا أثر له على صحة إبرام الوصية التى تمت قبل نفاذه . إذ أن إبرام الوصية يخضع من حيث صحته للقانون القائم وقت تمامه ، نظرا إلى ماله فى ذاته من قيمة قانونية . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الذى تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية التى أبرمت قبل نفاذه ، ما دام أن الموصى له لم يمت إلا بعد هذا النفاذ ، وذلك بأثر مباشر ، إذ أن مركز الموصى له لا يتحدد إلا بموت الموصى .

كذلك يتطلب التقادم لاكتماله أن تمضى مدة معينة ، بحيث لا ينشأ المركز القانونى فى التقادم المكسب أو ينقضى فى التقادم المسقط إلا بانتهاء هذه المدة. فإذا صدر قانون جديد أثناء سريان المدة فلا يسرى على ماتم قبل نفاذه من عناصر التكوين أو الانقضاء إذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة . فإذا كان القانون الجديد يغير من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه ، فلا يسرى على ماتم من وقف أو قطع فى ظل القانون القديم . أما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق ، دون أن يعتبر ذلك سريانا على الماضى ، إذ أن المدة السارية لم تكتمل فى ظل القانون القديم .

١٥٨ – (٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية :

إذا ترتبت آثار المركز القانونى جميعها فى ظل القانون القديم فإنها تخضع له ، فلا يسرى عليها القانون الذى يصدر بعد ذلك معدلا لها .

فمثلا إذا كانت الملكية تنتقل فى العقار بمجرد التعاقد وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهينا بتمام التسجيل ، فلا يسرى هذا القانون على انتقال الملكية الذى تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يسجل .

وإذا أبرم عقد قرض مبلغ من النقود ، واتفق فيه على فائدة بسعر معين وفقا لأحكام القانون القائم ، وترتبت آثاره جميعها بحيث انقضى فى ظل هذا القانون ؛ ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يخفض الحد الأقصى لهذا السعر ، فلا يمس هذا القانون الجديد تلك الآثار .

أما الآثار التى يستغرق ترتيبها زمنا ، ولم تكن كلها أو بعضها قد ترتبت فى ظل القانون القديم ، فماتم منها فى ظل هذا القانون يخضع له ، فلا يسرى عليه القانون الجديد الذى يعدل منها حتى لايكون له أثر رجعى ، وماتم منها تحت سلطان القانون الجديد يخضع له بما له من أثر مباشر .

فمثلا إذا وقع طلاق فى ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد يعدل من القواعد المتعلقة بآثاره كالنفقة أو الحضانة ، فلا يسرى هذا القانون على ماتم من هذه الآثار فى ظل القانون القديم ، ولكنه يسرى على مايترتب منها تحت سلطانه .

وعليه فالمعنى الذى يخلص من كل ماتقدم لعدم رجعية القانون فى النظرية الحديثة أن القانون لايسرى على ماتم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ماتم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا توفرت لهذه العناصر قيمة قانونية معينة ، ولا على ماترتب من آثار المراكز القانونية .

١٥٩ — استثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون :

رأينا أن النظرية التقليدية ترد فيها على مبدإ عدم رجعية القوانين استثناءات أربعة. أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات ، هي النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذى رأيناه فيما تقدم(١) . ففى هذين الاستثناءين تتفق النظريتان :

ولا تسلم النظرية الحديثة بالاستثناءين الآخرين :

ففيما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم يرى الأستاذ روبييه أنه لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ماوقع قبل نفاذه من أفعال إنما يكون بمقتضى مالهمن أثر مباشر ، إذ أن المركز القانونى المترتب على الفعل الذى ارتكبه لايتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائى ، حيث يعتبر الحكم هنا منشئا لهذا المركز وليس مقررا له . فإذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم يمحو الجريمة أو يخفف العقوبة فإنه يسرى بماله من أثر مباشر ، لأن المركز القانونى للمتهم يتكون باجتماع عنصرين ، وقع أحدهما فى ظل القانون القديم ، بينما تم الثانى فى ظل القانون الجديد ، ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون(٢) .

وفى خصوص استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لاتقر النظرية الحديثة كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعى . إذ أن تعلق هذه القوانين بالنظام العام

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ .

(٢) أما القوانين الجنائية التى تنشىء جريمة جديدة أو تشدد العقوبة على جريمة مقررة ، فيرى الأستاذ روبييه أنها إذا طبقت على أفعال سابقة كان ذلك سريانا على الماضى . ذلك أن القانون الجديد لا يكون رجعيا إذا منع تكوين مركز قانونى لم يكتمل أو ضيق من آثاره ، كما هو الشأن فى القوانين الجنائية الأصلح للمتهم . ولكنه يكون رجعيا إذا رتب على العنصر الذى وقع من هذا المركز فى الماضى آثارا لم يكن ينتجها من قبل أو آثارا أشد مما كان ينتجها (روبييه ، ج ٢ ، فقرة ١٢٩) .

أو الآداب لايعتبر مبرراً كافياً لإعادة النظر فى شرعية الأفعال والتصرفات السابقة ، أو لتعديل ما ترتب على هـذه الأفعال والتصرفات من آثار ، فهذا من شأنه أن يهدر الحريات ويبعث الاضطراب فى المعاملات ، لا سيما وأن من المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وهى القوانين الجنائية ، لايجوز كقاعدة عامة أن يكون لها أثر رجعى .

(٢) الأثر المباشر للقانون

١٦٠ — مبدأ الأثر المباشر يكمل مبدأ عدم الرجعية :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يكفى وحده لحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان . فمبدأ عدم الرجعية يعنى أن القانون الجديد لا يسرى على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية ، حيث تخضع هذه المسائل جميعها للقانون القديم الذى تمت تحت سلطانه . ومن ثم فإن هذا المبدأ لا يكفى لبيان أى القانونين يطبق على ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد لاستكمال تكوين المراكز القانونية أو انقضائها الذى بدا فى ظل القانون القديم ، أو على ما يتم بعد هذا النفاذ من آثار ترتبت على مراكز قانونية تكونت أو بدا تكوينها فى ظل هذا القانون .

فإذا طبق القانون الجديد على هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ماوقع بعد نفاذه بمقتضى ماله من أثر مباشر . وحين يطبق القانون القديم على فريق من هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ماوقع بعد إلغائه بمقتضى مايسمى بالأثر المستمر له . ويرى أنصار النظرية أن المبدأ العام هو تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر ؛ والاستثناء هو تطبيق القانون القديم بما له من أثر مستمر . ولهذا نعرض فيما يلى للمبدا، ثم للاستثناء الذى يرد عليه .

١٦١ — مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد وحدود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل مايقع بعد نفاذه : ويتحدد نطاق هذا السريان فى ضوء ما رأيناه فى خصوص مبدأ عدم الرجعية :

فمن البديهى أن يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها بعد نفاذه.

ويطبق القانون الجديد كذلك على مايقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم . فقد رأينا أن القانون الجديد يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأت فى ظل القانون القديم ولم يتم إلا تحت سلطان القانون الجديد، وذلك فيما عدا عناصر التكوين والانقضاء التى تكون لها قيمة قانونية وتتم فى ظل القانون القديم ، حيث تخضع هذه العناصر للقانون القديم الذى تمت تحت سلطانه(١) ؛

كما يطبق القانون الجديد على الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانية التى تكونت أو بدأ تكوينها فى ظل القانون القديم :

ويرى الاستاذ روبييه أن العلة فى تقرير مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو هى مايقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون الذى يطبق على المراكز القانونية التى من طبيعة واحدة . إذ أن الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم يؤدى إلى خضوع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة (٢) .

وسنفصل حدود تطبيق هذا المبدأ فيما يلى :

١٦٢ — (١) إتمام مابدأ فى الماضى من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

رأينا أن القانون الجديد يسرى بمقتضى اثره المباشر على مايقع بعد نفاذه من عناصر تكوين او انقضاء للمراكز القانونية الذى بدأ فى ظل القانون القديم : اما العناصر

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) روبييه ، ج ١ ، فقرة ٦٦ .

التى تمت فى ظل القانون القديم فتخضع له ، حيث لايسرى عليها القانون الجديد وفقا لمبدأ عدم الرجعية .

وعليه فطبقا لما ذكرناه فيما تقدم لايتكون مركز الموصى له ، أى لايستحق الوصية ، إلا باجتماع عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاة الموصى. فإذا صدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصى قانون جديد يعدل من القدر الذى تنفذ فيه الوصية فى حق الورثة بغير إجازتهم ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية فى هذا الخصوص بما له من أثر مباشر ، لأن العنصر الذى يتوقف عليه استحقاق الوصية وهو وفاة الموصى قد وقع بعد نفاذه . أما إذا كان هذا القانون يعدل من شروط إبرام الوصية ، كأن يتطلب شكلا معينا لابرامها لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا يسرى على الوصية فى هذا الخصوص ، لأن العنصر الذى يتعلق بوجود وصية صحيحة قد تم فى ظل القانون القديم فيخضع له .

وفى التقادم لايتكون المركز القانونى إلا بمضى مدة معينة . فإذا صدر أثناء سريان التقادم قانون جديد يطيل المدة فإنه يسرى على هذا التقادم لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا بعد نفاذه . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه فإنه يسرى على مايحدث من وقف أو انقطاع بعد نفاذه ، ولكنه لايسرى على ماتم من وقف أو قطع فى ظل القانون القديم باعتبارهما عنصرين قدتما تحت سلطان هذا القانون فيخضعان له (١) .

١٦٣ — (٢) آثار المراكز القانونية التى تكونت أو بدا تكوينها فى ظل القانون القديم :

يسرى القانون الجديد ، بحسب الأصل ، بمقتضى أثره المباشر على الآثار التى تتم فى ظله وتكون مترتبة على مراكز قانونية تكونت أو بدا تكوينها فى ظل القانون القديم . أما الآثار التى ترتبت تحت سلطان القانون القديم فقد رأينا أن القانون الجديد لايسرى عليها طبقا لمبدأ عدم الرجعية ، وإنما تخضع للقانون القديم الذى تمت فى ظله (٢) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

وعليه فالقانون الجديد الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة والحضانة ، يسرى على مايستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه. ولكنه لايسرى على مااستحق من نفقة أو تم من حضانة قبل نفاذه ، حيث تخضع هذه وتلك للقانون القديم الذى تمت أو استحقت فى ظله كما قدمنا (١) .

والقانون الجديد الذى يعدل من آثار الملكية ، كان يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت مخولة إياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه ، ولكنه لايمس ماباشره المالك من سلطات فى الماضى .

وعليه فالمعنى الذى يخلص مما تقدم لمبدإ الأثر المباشر للقانون فى النظرية الحديثة ، أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى مايقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التى تكونت أو بدا تكوينها فى ظل هذا القانون .

١٦٤ — استثناء من مبدأ الأثر المباشر : الأثر المستمر للقانون القديم :

تورد النظرية الحديثة على مبدإ الأثر المباشر للقانون استثناء يتعلق بالمراكز العقدية التى تكونت فى ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . حيث يرى الأستاذ روبييه ألا تخضع هذه المراكز للأثر المباشر للقانون الجديد ، وإنما تظل محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله. وبذلك يستمر تطبيق القانون القديم على آثار تلك المراكز التى تترتب بعد إلغائه وعلى طرق انحلالها. ففى هذا النطاق يحل الأثر المستمر للقانون القديم استثناء محل الأثر المباشر للقانون الجديد .

وأساس هذا الاستثناء هو انتفاء العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد . فقد رأينا أن هذه العلة هى ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون الذى يطبق على المراكز القانونية التى من طبيعة واحدة ، حتى لا تخضع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة . فى حين أن المراكز العقدية تختلف تبعا لما تتجه إليه إرادة الأفراد فى تنظيمها ،

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

حيث يؤخذ فى هذا المجال بمبدإ سلطان الإرادة ، فيكون للأفراد أن ينظموا علاقاتهم العقدية بحسب ما يروق لهم . وبذلك لا يكون هناك ما يدعو إلى الأخذ فى هذا النطاق بمبدإ الأثر المباشر للقانون الجديد .

ومن ثم يتحدد نطاق هذا الاستثناء فى ضوء الأساس الذى يقوم عليه : فحيث يستقل القانون بتنظيم المراكز القانونية مباشرة، رغم استنادها إلى عقد من العقود ، يتعين تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر . وحيث يكون لإرادة الأفراد سلطان فى تنظيم هذه المراكز يستمر تطبيق القانون القديم عليها طبقا لحكم الاستثناء .

ولتحديد نطاق الاستثناء على هذا النحو يفرق الأستاذ روبييه بين النظام القانونى Le statut légal والمركز العقدى Lasituation contractuelle :

(١) فالنظام القانونى يراد به المركز القانونى الذى يستقل القانون بتنظيمه مباشرة نظرا إلى أن أحكامه تهم الكافة ، رغم أنه لا ينشأ إلا بناء على عقد من العقود ، فلا يكون لإرادة الأفراد دور فى تنظيمه ، وإنما يقتصر هذا الدور على قبول الدخول فى فى المركز القانونى طبقا للوضع الذى ينظمه القانون . فمثل هذا المركز القانونى يكون موحدا بالنسبة إلى الجميع ، فتتوفر بالنسبة إليه العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يجب أن يطبق عليه هذا القانون .

مثل ذلك الزواج ، فهو نظام قانونى موحد ، يفرض القانون أحكامه ، حيث ينفرد فيه ببيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما وطريقة انحلاله ، ويقتصر الدور الذى تقوم به إرادة كل من الزوجين على قبول الزواج . فإذا صدر قانون جديد يعدل من القواعد المنظمة للزواج فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه ، رغم أن علاقة الزوجية قد نشأت بمقتضى عقد أبرم فى ظل القانون القديم .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالملكية وغيرها من الحقوق العينية . إذ يكون لصاحب كل من هذه الحقوق مركز قانونى موحد بالنسبة إلى الجميع ، يفرض القانون أحكامه ، فيحدد السلطات التى تثبت لصاحب الحق ويبين الحقوق والواجبات التى تتصل بهذه السلطات وطريقة إنقضاء الحق ، ويقتصر الدور الذى تقوم به إرادة الشخص على التصرف لإنشاء الحق أو نقله أو انقضائه . فإذا صدر قانون جديد يعدل مثلا من

أحكام الملكية فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل مالك ولو كان قد كسب حقه فى ظل القانون القديم .

(٢) أما المركز العقدى فيراد به المركز القانونى الذى يترك القانون تنظيمه لإرادة الأفراد نظرا إلى أن أحكامه تهم المتعاقدين دون غيرهم ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة سواء فى إنشاء العقد أو فى تحديد آثاره . فمثل هذا المركز تختلف أحكامه بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد فى تنظيمه ، فتنتفى بالنسبة إليه العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يستمر تطبيق القانون القديم على آثاره التى تترتب بعد إلغائه وعلى طرق إنحلاله ، حتى لو جاء القانون الجديد بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

مثل ذلك عقد قرض مبلغ من النقود يتفق فيه على فائدة بسعر يجيزه القانون الذى صدر العقد فى ظله وهو ٨٪ . إذ يكون كل من المقرض والمقترض فى مركز عقدى تختلف أحكامه من عقد إلى آخر . فإذا صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، كأن يجعله ٧ ٪ بعد أن كان ٨ ٪ ، فلا يسرى على ذلك العقد الذى أبرم فى ظل القانون القديم ، بحيث تظل الفوائد التى تستحق بعد نفاذ القانون الجديد واجبة الدفع طبقا للسعر المتفق عليه والذى كان جائزاً وفقا لأحكام القانون القديم . وذلك على الرغم من أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية يتعلق بالنظام العام .

فخلاصة هذا الاستثناء أن القانون القديم يستمر تطبيقه بعد إلغائه على المراكز العقدية التى تترتب بعد هذا الإلغاء وعلى طرق انحلالها ، حتى لو كان القانون الجديد الذى عدل من هذه الآثار أو الطرق تتعلق قواعده بالنظام العام أو لآداب .

١٦٥ — مزايا النظرية الحديثة وعيوبها :

تمتاز النظرية الحديثة بما جاءت به من تفرقة واضحة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . وهى تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية ، على خطرها ، فأدى بها ذلك إلى الخلط بين هذين الأثرين كما سبق أن رأينا .

كذلك فإنه فيما يتعلق بالمراكز القانونية التى يدركها القانون الجديد وما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ، تمتاز النظرية الحديثة بالتمييز بين عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التى تمت فى ظل القانون القديم وكانت لها قيمة قانونية وتلك التى لم تتم إلا بعد نفاذ القانون الجديد . حيث ساعد هذا التمييز على تبرير عدم سريان القانون الجديد على الفريق الأول من هذه العناصر وفقا لمبدإ عدم الرجعية . وهو ما لم يتيسر الوصول إليه بمقتضى النظرية التقليدية ، لأن هذا الفريق من عناصر التكوين أو الانقضاء لا يولد حقا مكتسبا بالنسبة إلى المركز القانونى بأ كمله فى منطق هذه النظرية .

غير أن النظرية الحديثة يؤخذ عليها ، وهى تحدد نطاق الأستثناء الذى يتعلق بالأثر المستمر للقانون القديم ، ما جاءت به من تفرقة بين النظام القانونى والمركز العقدى. فهى تفرقة غير دقيقة ، بحيث يكون من شأنها أن تثير خلافا فى كثير من الحالات حول معرفة ما إذا كنا بصدد نظام قانونى أو مركز عقدى محض ، إذ أن تدخل الشارع فى تنظيم المراكز العقدية بمقتضى قواعد آمرة ليس بدرجة واحدة ، كما أن القاعدة التى يوردها الشارع فى هذا الخصوص قد يختلف الرأى فيها حول ما إذا كان يراد بها وضع نظام يهم الكافة بصفة عامة أم أنها تتناول أمرا يهم أطراف العقد دون غيرهم .

وقد أدى عدم دقة هذه التفرقة التى قال بها الأستاذ روبييه ببعض أنصار النظرية الحديثة إلى الأخذ بمعيار آخر لتحديد نطاق هذا الاستثناء ، وهو فكرة النظام العام . حيث قالوا إنه إذا كانت قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام ، فإن القانون القديم لا يستمر تطبيقه على آثار العقود الجارية التى تترتب بعد إلغائه ولا على طرق انحلالها ، وإنما يطبق القانون الجديد بما له من أثر مباشر .

ولكن البعض من هؤلاء لا يأخذون فكرة النظام العام فى هذا الصدد بمعناها العادى الذى يشمل القواعد القانونية الآمرة جميعها ، وإنما يقصرونها على معنى أضيق من ذلك . فهم يقصرون تطبيق القانون الجديد فى هذا النطاق بما له من أثر مباشر على الحالات التى تكون فيها قواعده ذات أهمية وخطر بالغين بحيث ترتبط بالنظام العام للجماعة بأسرها . وهو ما يعبر عنه البعض بأن المقصود فى هذا الصدد هو قواعد النظام

العام التى يقصد بها حماية مصلحة عامة، دون غيرها من قواعد النظام العام التى تحمى مصالح خاصة .

غير أن هذه التفرقة بين قواعد النظام العام يؤخذ عليها أنها تفرقة غير دقيقة ، فهى تستهدف لذات النقد الذى وجه إلى التفرقة بين النظام القانونى والمركز العقدى . حيث يتعذر التمييز بين قواعد النظام العام بحسب مالها من أهمية وخطر . كما يتعذر الفصل فى هذه القواعد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، إذ أن القواعد التى يبدو أنها تحمى مصلحة خاصة لابد من أن تكون مستندة فى تقدير الشارع إلى اعتبار يتصل بالصالح العام .

ولهذا فإنا نعتقد فى صواب الرأى الذى يأخذ فى هذا الصدد بمعيار النظام العام على إطلاقه ، فيذهب إلى أن القانون الجديد يطبق بما له من أثر مباشر إذا كانت قواعده آمرة أى متعلقة بالنظام العام . ومن ثم يقتصر حكم الاستثناء ، وهو استمرار سريان القانون القديم ، على حالة ما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة . وينهض بهذا الرأى أن المعيار الذى يقول به يتفق مع العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد والأساس الذى يقوم عليه الاستثناء . ذلك أن القواعد الآمرة تتناول مسائل يستقل القانون بتنظيمها ، لأن الشارع يقدر أنها يجب أن تكون على نحو معين بالنسبة إلى الجميع ، ومن ثم فإن تحقيق النظام فى الدولة يقتضى تطبيقها على جميع العقود . أما القواعد المكملة فتتناول مسائل يؤخذ فى شأنها بمبدأ سلطان الإرادة، فتختلف أحكامها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد فى تنظيمها ، ومن ثم فلا يكون هناك ما يدعو إلى توحيد القواعد التى تنطبق عليها عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها .

المطلب الثالث

المبادئ العامة فى تنازع القوانين من حيث الزمان

١٦٦ – المبادىء العامة فى حل تنازع القوانين من حيث الزمان :

نستطيع بعد أن عرضنا لمبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة ، ثم النظريتين الرئيسيتين اللتين يقول بهما الفقه لحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان وما أبديناه فى شأنهما من تقدير أو نقد ، أن نخلص فى ضوء ما قدمناه إلى المبادئ العامة التى نراها صالحة فى هذا الصدد .

فهناك مبدآن يحكمان هذا الموضوع : الأول مبدأ عدم رجعية القانون . والثانى مبدأ الأثر المباشر للقانون . ويرد على المبدأين بعض الاستثناءات .

وسنتناول هذه الضوابط مع الاشارة إلى تطبيقاتها فيما عدا المسائل التى وردت فى شأنها حلول تشريعية ، حيث نعرض لهذه المسائل فى مطلب مستقل .

أولا : عدم رجعية القانون

١٦٧ – معنى مبدأ عدم رجعية القانون وحدود تطبيقه :

القاعدة هى عدم رجعية القانون ، بمعنى أن القانون لا يسرى على ما وقع فى الماضى قبل نفاذه .

ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة على النحو الذى رأيناه فى النظرية الحديثة : فعدم رجعية القانون مقتضاه أن القانون لا يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذى تم قبل نفاذه ، ولا على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التى تمت قبل نفاذه وتوفرت لها قيمة قانونية معينة ، ولا على آثار المراكز القانونية التى ترتبت قبل نفاذه . وهذا على التفصيل الذى تقدم ذكره(١) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٦ – ١٥٨ .

١٦٨ — تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية :

نكتفى هنا بالإحالة إلى التطبيقات التى تقدم ذكرها عند الكلام فى مبدأ عدم رجعية القانون فى النظرية الحديثة(١) .

ثانيا : استثناءان من مبدأ عدم رجعية القانون

١٦٩ — استثناءان من مبدأ عدم الرجعية :

يرد على مبدأ عدم رجعية القانون الاستثناءان الآتيان :

١ — النص الصريح على الرجعية : وقد سبق أن تكلمنا فى ذلك عند الكلام فى مبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة . كما رأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان فى الأخذ بهذا الاستثناء . ولذلك نكتفى بما ذكرناه فيما تقدم(٢) .

والواقع أن هذا الاستثناء يصح أن يرد على جميع القواعد التى تحكم موضوع التنازع فى الزمان . حيث يستطيع الشارع ، فى غير القوانين الجنائية التى تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة ، أن يخرج بمقتضى النص الصريح على هذه القواعد . فله أن ينص على رجعية القانون الجديد . أو ينص على استمرار سريان القانون القديم حين يجب الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد. أو ينص على سريان القانون الجديد حين يجب الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم .

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : وقد سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية تأخذ بهذا الاستثناء(٣) . ولكن النظرية الحديثة ترى أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ماوقع قبل نفاذه من أفعال لايعتبر استثناء، وإنما يكون بمقتضى مالهذا القانون من

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ و ١٥٨ .
(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ و ١٥٣ و ١٥٩ .
(٣) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ .

أثر مباشر ، إذ أن المركز القانونى المترتب على الفعل الذى ارتكبه المتهم لايتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائى ، حيث يعتبر الحكم هنا منشئا لهذا المركز وليس مقررا له(١) .

ولكنا نعتقد أننا بصدد استثناء حقيقى لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية . وقد نص الشارع على هذا الاستثناء ، ولذلك نرجئ بيان حكمه إلى حين الكلام فى صور التنازع التى وردت فى شأنها حلول تشريعية .

١٧٠ — القوانين التفسيرية ليست استثناء من مبدأ عدم الرجعية :

عرفنا فيما تقدم أن القوانين التفسيرية هى تلك التى يصدرها الشارع لبيان المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر ماظهر فى العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذى قصده الشارع من هـــذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ورأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان فى اعتبار سريان القانون التفسيرى على ماوقع قبل صدوره فى ظل التشريع المراد تفسيره استثناء من مبدأ عدم الرجعية(٢) .

ولكن الرأى السائد ، وهو الصحيح ، أننا لسنا بصدد استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن القانون التفسيرى ، بحكم طبيعته ، يعتبر جزءا متمما للتشريع المراد تفسيره ، مادام يأتى بتفسير حقيقى وليس بقواعد جديدة . فهو بهذه المثابة لايأتى بقواعد جديدة ، وإنما يوضح القواعد القديمة . وليس فى الرجوع عن تفسير سابق ماينطوى على رجعية ، إذ أن القاضى وهو يأخذ بالتفسير الجديد إنما يطبق القواعد السابقة ذاتها .

غير أنه إذا كان القانون التفسيرى يتضمن فى حقيقته قواعد جديدة جاء بها الشارع تحت ستار التفسير ، فإنا نكون بصدد رجعية مقررة بمقتضى النص . وفى هذه الحالة

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ و ١٥٩ .

يتعين أن تتوافر الشروط المقررة فى الدستور للنص على الرجعية وفقا لما فصلناه فيما تقدم : بحيث تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق ذلك القانون إذا لم تتوافر هذه الشروط :

ثالثا : الأثر المباشر للقانون

١٧١ — معنى مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل مايقع بعد نفاذه .

ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة فى ضوء ماذكرناه فى خصوص مبدأ عدم الرجعية ، وهو ماتقول به النظرية الحديثة . فسريان القانون بماله من أثر مباشر على مايقع بعد نفاذه مقتضاه أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى مايقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التى تكونت أو بدأ تكوينها فى ظل القانون القديم . وهذا على التفصيل الذى تقدم ذكره(١) .

١٧٢ — تطبيقات لمبدأ الأثر المباشر للقانون :

نحيل إلى التطبيقات التى تقدم ذكرها عند الكلام فى مبدإ الأثر المباشر للقانون فى النظرية الحديثة .

ونضيف إلى هذه التطبيقات مايأتى :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦١ — ١٦٣ .

١٧٣ – (١) القانون العام :

تسرى القواعد القانونية التى تدخل فى نطاق القانون العام بما لها من أثر مباشر على كل مايقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتبا على مركز قانونى نشأ قبل هذا النفاذ :

فالقانون الجديد الذى ينظم علاقة الموظف بالدولة على نحو جديد يسرى فور نفاذه على جميع الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل هذا النفاذ . كان يتضمن هذا القانون قواعد جديدة فيما يتعلق بالمرتبات أو نظام الترقية أو المعاش .

وقوانين الإجراءات الجنائية تسرى على كل مايقع بعد نفاذها ، سواء تعلق الأمر بالاختصاص أو بإجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة ، ولو كان ذلك مترتبا على فعل ارتكب قبل هذا النفاذ. أما الإجراءات التى تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القوانين ، بل تبقى خاضعة للقانون القديم الذى تمت فى ظله :

إنما يلاحظ أن القوانين الجنائية التى تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة لاتسرى إلا على الأفعال التى تقع بعد نفاذها (م ٥ عقوبات) : حيث لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص . وقد رأينا أن الدستور نص على هذه القاعدة (م ٢٥ من الدستور) ، وأن الشارع نفسه لايملك الخروج عليها (م ١٦٤ من الدستور)(١) :

كما يلاحظ أن القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، وهى التى تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة ، تسرى بأثر رجعى كما سبق أن ذكرنا :

١٧٤ – (٢) القانون الخاص :

(ا) تسرى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية بما لها من أثر مباشر على كل مايقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتبا على مركز قانونى نشأ قبل هذا النفاذ :

فالقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا فى حكم القانون القديم .

والقانون الذى يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضى بذلك بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم .

والقانون الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة أو الحضانة ، يسرى على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لايسرى على مااستحق من نفقة أو تم من حضانة قبل هذا النفاذ .

(ب) كذلك تسرى القوانين المتعلقة بالحقوق العينية من وقت نفاذها بأثر مباشر على جميع أصحاب هذه الحقوق .

فالقانون الجديد الذى يعدل من أحكام الملكية ، كأن يفرض قيودا جديدة للملكية أو يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت مخولة إياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه .

وإذا كان المركز القانونى لصاحب الحق قد أدركه القانون الجديد وهو فى دور التكوين أوالانقضاء ، فإن هذا القانون يسرى على ما يتم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل ذلك النفاذ من هذه العناصر . وقد سبق أن رأينا أمثلة لذلك فى حالتى الوصية والتقادم (١) .

(ح) وتسرى القوانين المتعلقة بابرام التصرفات على ما يبرم بعد نفاذها ، وذلك سواء تعلقت بشروط الانعقاد أو الصحة .

فالقانون الذى يعدل من شروط إبرام العقد ، كأن يتطلب شكلا معينا لإبرامه لم يكن مقررا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرامه ، يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما أبرم قبل هذا النفاذ ، حيث يسرى القانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٢ .

فإذا صدر قانون جديد يتطلب فى خصوص عقد معين أن ينعقد بورقة رسمية ، بعد أن كان يجوز إبرامه بورقة عرفية ، فإنه يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه ، ولكنه لايمس العقود التى أبرمت صحيحة قبل نفاذه بورقة عرفية وفقا لحكم القانون القديم .

وإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد ، فعاد الشخص قاصرا بمقتضى هذا القانون بعد أن كان رشيد وفقا لحكم القانون القديم ، فإن القانون الجديد يسرى على ما يبرمه هذا الشخص من تصرفات بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس التصرفات التى أبرمت صحيحة قبل هذا النفاذ فى ظل القانون القديم . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام فى الحلول التشريعية لبعض صور التنازع .

(د) وفيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات تجب التفرقة بين نوعين من هذه القوانين (١) :

النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التى تحدث بعد نفاذها . أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع فى إثباتها للقانون الذى وقعت فى ظله ، ولو كان يجرى إثباتها فى ظل القانون الجديد الذى يعدل من قواعد الإثبات .

وعليه فالأدلة التى تعد مقدما ، أى تعد عند نشوء الواقعة المراد إثباتها وقبل وقوع أى نزاع ، وهى الكتابة ، يخضع الإثبات بها للقانون الذى نشأت فى ظله الواقعة التى يجرى إثباتها (م ٩ مدنى) . فإذا صدر قانون جديد يرفع نصاب البينة مثلا من عشرة جنيهات إلى عشرين جنيها ، فإن التصرفات القانونية التى تتراوح قيمتها بين هذين الحدين وتكون قد نشأت تحت سلطان القانون القديم تظل محكومة به فتجب الكتابة فى إثباتها . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام فى الحلول التشريعية لبعض صور التنازع ، حيث نص القانون على هذا الحكم .

---

(١) راجع فى هذا الخصوص كتابنا فى الإثبات فقرة ٥٣ .

وتأخذ القرائن القانونية حكم الأدلة التى تعد مقدما (١) . فالشارع فى هذه القرائن يستمد من واقعة معينة دليلا لصالح المدعى يغنيه عن الإثبات . وبذلك يعتبر هذا الدليل أنه قد أعد وقت قيام هذه الواقعة ، ويكون الفارق بينه وبين الحالة السابقة أن الدليل بدل أن يعد بواسطة الإفراد قد تكفل القانون بإعداده . ومن ثم تخضع هذه القرائن لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التى تستمد منها القرينة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فقالت : « تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية ». ولكن حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها(٢) : فإذا أقام قانون جديد قرينة لم ينص عليها القانون القديم ، فإن الوقائع التى تقوم عليها هذه القرينة وتكون قد حدثت فى ظل القانون القديم لا تكون لها حجاذات القوة فى الدلالة ؛ وإنما يخضع تقديرها لحكم القانون القديم . مثل ذلك القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى ، حيث اعتبر الشارع احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها إلى أحد ورثته وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته قرينة على أن التصرف وصية : فقد استحدثها التقنين المدنى الحالى ، ومن ثم لا تسرى على التصرفات التى أبرمت قبل نفاذه (٣) :

وقد ذهب رأى إلى أن الأصل فى قواعد الإثبات هو سريانها على جميع الوقائع التى يجرى إثباتها بعد نفاذها حتى لو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . ولكن هذا الزعم غير صحيح على إطلاقه . فهو لا يصدق إلا على الأدلة التى لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة التى يجرى إثباتها ، وهى التى يشملها النوع الثانى من القوانين التى نحن بصددها . إذ أن تطلب توفر الدليل فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد اثباتها ، سواء كان ذلك من طريق الكتابة أو من طريق استخلاص

(١) انظر فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى مجموعة الأعمال ج ١ ص ٢٢٦ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

(٣) راجع فى هذا الخصوص : كتابنا فى حق الملكية ، الطبقة الثانية فقرة ٥٣٩ .

قرينة قانونية ، يؤدى إلى نشوء مركز قانونى من حيث الإثبات فى الوقت الذى كان يجب فيه توافر هذا الدليل . ومن ثم يخضع هذا المركز للقانون القائم وقت نشوئه .

والنوع الثانى يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى لايكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التى يجرى اثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة . كما هو الشأن فى الدليل الذى يستفاد من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الاجابة بغير مبرر قانونى (م ١٧٣ مرافعات) .

(هـ) أما القوانين المتعلقة بآثار العقود الجارية ، وهى العقود التى نشأت فى ظل القانون القديم ومازالت تنتج آثارها بعد نفاذ القانون الجديد ، فيفرق فى شأنها بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة . حيث تسرى القواعد الآمرة بأثر مباشر على هذه الآثار نظرا إلى تعلقها بالنظام العام ، بينما لاتسرى القواعد المكملة استثناء فتظل الآثار خاضعة للقانون القديم الذى نشأ العقد تحت سلطانه . ولذلك نتكلم عنها فيما يلى ونحن نعرض للأثر المستمر للقانون القديم .

رابعا : استثناء من مبدأ الأثر المباشر
الأثر المستمر للقانون القديم

١٧٥ — معنى الأثر المستمر للقانون القديم وحدود تطبيقه :

الأصل ، كما رأينا ، أن يسرى القانون الجديد بما له من أثر مباشر على الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التى نشأت فى ظل القانون القديم وعلى طرق انحلالها .

ولكن استثناء من هذا الأصل يظل القانون القديم يسرى على مايترتب بعد إلغائه من آثار العقود التى نشأت تحت سلطانه وعلى طرق انحلالها . فهذا هو الأثر المستمر للقانون القديم .

---

(١) انظر فيما تقدم ١٦٤ و ١٦٥ .

غير أن هذا الاستثناء ليس مطلقا، وإنما يتحدد نطاقه فى ضوء الأساس الذى يقوم عليه ، وهو انتفاء العلة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد وفقا لما فصلناه فيما تقدم . وقد سبق أن عرضنا للمعايير التى اتخذت لتحديد هذا النطاق عند مناقشتنا لعيوب النظرية الحديثة ، وانتهينا إلى تفضيل معيار النظام العام والآداب على إطلاقه(١) .

فإذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد آمرة فإنها تسرى على الآثار المستقبلة لهذه العقود الجارية وعلى طرق انحلالها . أما إذا كانت قواعد مكملة فلا تسرى ، وإنما يظل القانون القديم ساريا . فهذا هو النطاق الذى يؤخذ فيه بالأثر المستمر للقانون القديم .

وقد أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا الرأى ، حيث كان ينص فى المادة السابعة منه على أنه « إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على إرادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب »(٢) . وهو الرأى الذى يؤيده أغلب الفقه المصرى ، كما أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض(٣) .

---

(١) انظر فيما تقدم ١٦٤ و ١٦٥ .

(٢) عدل هذا النص فى لجنة المراجعة فأصبح يجرى على النحو الآتى : « لا يعمل بالنصوص التشريعية إلا من وقت صيرورتها نافذة فلا تسرى على ماسبق من الوقائع إلا إذا وجد نص فى التشريع الجديد يقضى بغير ذلك أو كان التشريع الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب » . ثم حذف فى لجنة مجلس الشيوخ لورود حكمه فى الدستور (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ — ٢١٦) .

(٣) نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ — ١٠٢٨ — ١٦١ . وفى ١٦ فبراير ١٩٥٦ ، نفس المجموعة ٧ — ٢٤١ — ٣٣ . وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ، نفس المجموعة ٩ — ٨٣٩ — ١١٠ .

١٧٦ – تطبيقات :

على أساس ما انتهينا إليه الآن فى ضوء معيار النظام العام والآداب من التفرقة فى هذا الصدد بين ما إذا كانت قواعد القانون الجديد آمرة وما إذا كانت مكملة، نسوق التطبيقات الآتية :

أولا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدإ الأثر المستمر للقانون القديم :

(١) كان التقنين المدنى القديم لا يلزم المؤجر بالقيام بأية ترميمات فى العين المؤجرة إلا إذا اتفق على ذلك (م ٣٧٠ /٤٥٣ مدنى قديم) . ثم جاء التقنين الحالى ففرض على المؤجر أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية مالم يقض الاتفاق بغير ذلك (م٥٦٧ مدنى)، فهذه القاعدة الجديدة التى بمقتضاها يلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية على خلاف ما كان مقررا من قبل قاعدة مكملة ، إذ أنها لاتتعلق بالنظام العام ، ولذلك لاتسرى على عقود الإيجار التى أبرمت فى ظل القانون القديم ، وإنما تظل تلك العقود محكومة بهذا القانون .

(٢) إذا فرضنا أن عقد بيع أبرم فى ظل قانون يجعل نفقات العقد على المشترى، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات مناصفة بين الطرفين ، فإن القانون القديم يظل يحكم العقد الذى أبرم فى ظله ، لأن هذه القاعدة الجديدة قاعدة مكملة ، إذ أنها لاتتعلق بالنظام العام .

ثانيا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدإ الأثر المباشر للقانون الجديد :

(١) الفائدة الاتفاقية : كان التقنين المدنى القديم يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٨٪ ، بمعنى أنه لايجوز الاتفاق على سعر للفوائد يزيد عن ذلك (١٢٥/١٨٥ مدنى قديم) . ثم خفض التقنين المدنى الحالى هذا السعر إلى ٧ ٪ (م ٢٢٧ مدنى) .

والإشكال هنا لايتعلق بالقواعد التى تستحق عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد ، فهذه تخضع للقانون القديم الذى استحقت فى ظله ، فلا يسرى عليها القانون الجديد طبقا لمبدإ عدم الرجعية .

إنما يثور الإشكال بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق بعد نفاذ القانون الجديد ؟

ويلاحظ فى ضوء ماعرضناه من خلاف فى هذا الصدد أنه طبقا للنظرية الحديثة (رأى الأستاذ روبييه) لاتسرى القاعدة الجديدة على هذه الفوائد ، وإنما يسرى القانون القديم بماله من أثر مستمر ، لأن هذه القاعدة تتعلق بمركز عقدى لابنظام قانونى. وكذلك يكون الحل طبقا للرأى الذى رأيناه يأخذ بمعيار النظام العام على نحو مقيد ، حيث يقصر تطبيق القانون الجديد على الحالة التى تكون فيها قواعده ذات أهمية بالغة لارتباطها بالنظام العام للجماعة بأسرها ، فينتهى إلى أن القاعدة الخاصة بسعر الفائدة الاتفاقية لا ترقى إلى هذا المستوى . وهو ما يعبر عنه البعض بالتفرقة بين قواعد النظام العام التى يراد بها حماية مصلحة عامة وتلك التى تحمى مصالح خاصة ، فيرى أن القاعدة المذكورة من قبيل هذا النوع الأخير من قواعد النظام العام ، ولذلك لا تسرى القاعدة الجديدة فى هذا النطاق .

ولكن الرأى الصحيح الذى انتهينا اليه ،وهو الأخذ بمعيار النظام العام والآداب على إطلاقه ، بحيث تسرى القاعدة الجديدة إذا كانت آمرة بما لها من أثر مباشر ، يؤدى إلى سريان السعر الجديد للفائدة الاتفاقية وهو ٧٪ على الفوائد التى تستحق من تاريخ نفاذ التقنين المدنى الحالى ، وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، نظرا إلى تعلق القاعدة بالنظام العام . أما الفوائد التى استحقت قبل هذا التاريخ فيسرى عليها السعر القديم .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هـذا المعنى ما يأتى : « وبديهى أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضى . فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (التقنين المدنى القديم) قائما إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التى تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية » (١) .

وهذا كما قلنا هو الرأى الذى يؤيده أغلب الفقه المصرى ، والذى أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ؛ ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٥٣ المشار إليه . وفى ١٦ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه . وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ المشار إليه .

(٢) الظروف الطارئة : كانت القاعدة التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مطلقة فى التقنين المدنى القديم ، بمعنى أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . ولكن الشارع فى التقنين الحالى استحدث قيدا على هذه القاعدة ، إذ جعل للقاضى سلطة تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب عليها أن صار تنفيذ العقد مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة ، ونص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٧/٢ مدنى) .

فهذه القاعدة الجديدة تتعلق بالنظام العام ، حيث جعلها الشارع قاعدة آمرة . ويثور بالنسبة إليها ذات الخلاف الذى أشرنا إليه فى خصوص التطبيق السابق . ولكن الحل الصحيح وفقا لما قلناه أنه فيما يتعلق بالعقود التى أبرمت فى ظل التقنين القديم وتراخى تنفيذها إلى ما بعد نفاذ التقنين الحالى ، تسرى القاعدة الجديدة على وقائع التنفيذ التى تتم بعد هذا النفاذ ، أما الوقائع التى تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القاعدة .

(٣) والقانون الذى يفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية يسرى بما له من أثر مباشر على العقود التى أبرمت فى ظل القانون القديم ولم يتم تنفيذها إلا بعد نفاذ القانون الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت فى ظل القانون القديم واتفق فيها على الدفع بالذهب ، فإن المدين فى هذه العقود الذى يقوم بالوفاء فى ظل القانون الجديد يحق له أن يوفى بالعملة الورقية ، رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى العقد والذى كان صحيحا وفقا لأحكام القانون القديم . إذ أن القاعدة التى تفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية تتعلق بالنظام العام .

المطلب الرابع

الحلول التشريعية لبعض صور التنازع فى الزمان

١٧٧ – إحصاء هذه الصور :

وضع الشارع قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة إلى بعض الصور الهامة . وقد توزعت هذه القواعد فى تقنينات مختلفة بحسب طبيعة القوانين التى يقوم التنازع بينها :

فعرض فى التقنين المدنى لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالأهلية ، والتقادم ، وبعض أدلة الإثبات .

وعرض فى تقنين المرافعات المدنية والتجارية لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالمرافعات :

وعرض فى تقنين العقوبات لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالعقوبات ، أى التى تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها :

وسنعرض لهذه القواعد بهذا الترتيب :

١٧٨ – القوانين المتعلقة بالأهلية :

نصت المادة ٦ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة » .

ويبين هذا النص الحل الذى يتبع فى حالة التنازع بين قانونين متعاقبين فيما يتعلق بالأهلية . حيث يتناول المسألتين اللتين يثور البحث فى شأنهما فى هذه الحالة : الأولى تتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية ، والثانية تتعلق بالتصرفات التى صدرت منه فى ظل القانون القديم .

١ — الأهلية : فيما يتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية يسرى القانون الجديد على جميع الأشخاص : فإذا كان هذا القانون قد رفع سن الرشد فإن كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر قاصرا من وقت هذا النفاذ حتى لوكان قد سبق اعتباره رشيدا فى ظل القانون القديم : وإذا كان القانون قد خفض سن الرشد فإن كل شخص يلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر رشيدا من وقت هذا النفاذ حتى لو لم يبلغ السن المقررة فى القانون القديم فكان يعتبر قاصرا فى ظل هذا القانون .

وهذا الحل الذى تقضى به الفقرة الأولى من النص المذكور يتفق بشطريه مع فقه النظرية التقليدية . ففى حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد على أساس تعلق قواعده بالنظام العام، وفى حالة تخفيض سن الرشد يسرى هذا القانون على أساس عدم وجود حق مكتسب . كما أنه يتفق فى حالة تخفيض سن الرشد مع فقه النظرية الحديثة ، وذلك على أساس أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى فى ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه. أما فى حالة رفع سن الرشد فإن الحل لايتفق مع مايراه الأستاذ روبييه من أن الشخص إذا بلغ سن الرشد فى ظل القانون القديم يكون مركزه باعتباره قاصرا قد انقضى ، ومن ثم لايجوز تطبيق القانون الجديد عليه وإعادته قاصرا ، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يحول دون سريان القانون على انقضاء المراكز القانونية الذى تم قبل نفاذه .

ولكننا نعتقد أن هذا الحل الذى ورد فى النص هو الحل السليم على أساس أن القانون الجديد يسرى فى الحالين بمقتضى أثره المباشر . ففى حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره رشيدا ، فيعيده قاصرا إذا لم يكن قد بلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، إذ أنه يملك إعادة النظر فى المراكز القائمة وقت نفاذه بما له من أثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل . وفى حالة تخفيض سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره قاصرا ،إذ أن هذا المركز لم يكن قد انقضى فى ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه .

٢ — التصرفات : فيما يتعلق بالتصرفات التى أبرمها الشخص فى ظل القانون

القديم تناولت الفقرة الثانية من النص المذكور حالة ما إذا كان الشخص رشيدا فى ظل القانون القديم ثم عاد قاصرا وفقا للقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد ، فقضت بأن ذلك لايؤثر فى تصرفاته السابقة . ومعنى ذلك أن القانون الجديد لايسرى على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص فى ظل القانون القديم ، بل تظل هذه التصرفات محكومة بالقانون الذى تمت فى ظله . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم فى ظل القانون القديم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، فإن التصرف يظل صحيحا كما كان وفقا لحكم هذا القانون .

أما الحالة الأخرى التى يصبح فيها الشخص رشيدا وفقا للقانون الجديد الذى يخفض سن الرشد بعد أن كان قاصرا فى ظل القانون القديم ، فلم يتناولها النص لوضوح حكمها ، وهو ذات الحكم المقرر فى الحالة الأولى : حيث لا يسرى القانون الجديد على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص فى ظل القانون القديم . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم فى ظل القانون القديم تصرفا غير صحيح باعتباره ناقص الأهلية ، فإن التصرف يظل باطلا أو قابلا للإبطال كما كان وفقا لحكم هذا القانون .

ويتفق هذا الحل مع مبدإ عدم الرجعية فى كل من النظريتين التقليدية والحديثة : فأساسه فى النظرية التقليدية أن القانون الجديد لايجوز أن يمس حقا مكتسبا. وأساسه فى النظرية الحديثة أن القانون الجديد لا يمس تكوين المراكز القانونية الذى تم فى ظل القانون القديم . وهذا التصوير الأخير هو الذى نراه صالحا وفقا لما ذكرناه فى المبادئ العامة التى انتهينا إليها(١) .

١٧٩ — القوانين المتعلقة بالتقادم :

من الواضح أنه إذا صدر قانون جديد يتعلق بالتقادم ، سواء كان التقادم مكسبا أو مسقطا ، فلايسرى هذا القانون على التقادم الذى اكتمل بانقضاء مدته فى ظل القانون القديم ، وذلك طبقا لمبدإ عدم الرجعية . ومن الواضح كذلك أن القانون الجديد يسرى على التقادم الذى يبدأ سريانه بعد نفاذه ، وذلك طبقا لمبدإ الأثر المباشر للقانون .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٧ .

إنما تثور الصعوبة إذا كان التقادم قد بدأ فى ظل القانون القديم ولم يكن قد اكتمل عند نفاذ القانون الجديد . حيث يتعلق الأمر فى هذه الحالة بمركز قانون أدركه القانون الجديد وهو فى دور التكوين أو الانقضاء ، فيسرى ذلك القانون على ما تم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء بمقتضى أثره المباشر ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل هذا النفاذ من عناصر وفقا لمبدإ عدم الرجعية .

وقد تكفلت المادتان ٧ و ٨ من التقنين المدنى ببيان الحلول التى تتبع فى هذه الحالة. وسنعرض منها أولا الحلول التى يقضى بها مبدأ عدم الرجعية، ثم الحلول التى يقضى بها مبدأ الأثر المباشر .

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ٧ / ٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

ذلك أنه وفقا لمبدإ عدم الرجعية لا يسرى القانون الجديد كما قلنا على ما تم قبل نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المركز القانونى ، بل تظل هذه العناصر محكومة بالقانون القديم. ولذلك يخضع التقادم للقانون القديم من حيث البدء والوقف والانقطاع، وذلك عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد . فإذا كان التقادم قد بدأ صحيحا وفقا للقانون القديم ظل كذلك من حيث بدء المدة . وإذا كانت المدة قد وقفت لسبب يقره هذا القانون أسقطت مدة الوقف من الحساب . وإذا كانت المدة قد انقطعت بسبب يقره هذا القانون أسقطت المدة السابقة على الانقطاع .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة ٧ / ١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » .

ولبيان حكم هذا النص نفرق بين مدة التقادم وشروط التقادم الأخرى :

(١) شروط التقادم : القاعدة أن يسرى القانون الجديد الذى يعدل من شروط التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل . من ذلك أن يعدل القانون الجديد فى الأحكام المتعلقة بقابلية الحق للتقادم أو أسباب الوقف أو الانقطاع . فالقانون الذى

يجعل مالا معينا غير قابل لأن يكسب بالتقادم بعد أن كان قابلا له يسرى على كل تقادم لم يكتمل فى شأن هذا المال . والقانون الذى يعدل من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه يسرى على كل وقف أو قطع يحدث بعد نفاذه لتقادم لم يكتمل ، بحيث لا يقع هـذا أو ذاك إلا بالأسباب التى أتى بها ذلك القانون .

(٢) مدة التقادم : القاعدة ، كما هو الحكم بالنسبة إلى شروط التقادم الأخرى ، أن يسرى القانون الجديد الذى يعدل من مدة التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل .

ولا صعوبة فى تطبيق هذه القاعدة إذا كان القانون الجديد يطيل المدة ، إذ يجب الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما مضى منها فى ظل القانون القديم . فإذا كانت المدة المقررة للتقادم فى القانون القديم خمس عشرة سنة ، ومضى منها فى ظل هـذا القانون عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيلها إلى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم إلا بمضى عشر سنوات أخرى تضاف إلى المدة التى مضت حتى تكتمل العشرون سنة التى يتطلبها القانون الجديد .

إنما تظهر الصعوبة إذا كان القانون الجديد يقصر المدة . وقد كان الحل فى هـذه الحالة محل خلاف فحسمه الشارع . ذلك أن القاعدة كما قلنا أن يسرى القانون الجديد فى هذه الحالة بما له من أثر مباشر . ومقتضى هذا أن يؤخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة السارية . غير أن هذا من شأنه أن يؤدى إلى نتائج غير مقبولة ، مما جعل الشارع لا يتقيد بتلك القاعدة ، بغية الوصول إلى حلول أدنى إلى تحقيق العدالة والاستقرار(١) .

حيث تجب التفرقة فى هذا الشأن بين صورتين :

الصورة الأولى أن يكون الباقى من المدة التى يتطلبها القانون القديم أطول من المدة التى قررها القانون الجديد ، وحينئذ يصرف النظر عما انقضى من المدة فى ظل القانون القديم ، ويبدأ سريان المدة الجديدة من وقت نفاذ القانون الجديد . وقد نصت المادة

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٨ مدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى ج ١ ص ٢٢٢ و ٢٢٣ .

٨ / ١ مدنى على هذا الحل فقالت : «إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك» . فإذا كانت مدة التقادم وفقا للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضى ثلاث سنوات من بدء سريان التقادم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقى من المدة السابقة وهو اثنتا عشرة سنة يكون أطول من المدة التى قررها القانون الجديد ، فيصرف النظر عن مدة الثلاث سنوات التى انقضت ، وتبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد المدة التى يحددها هذا القانون وهى عشر سنوات ، حيث يتم التقادم بانتهاء هذه المدة الجديدة . ويمتاز هذا الحل بأنه أقرب إلى العدالة ، حيث يتخذ مسلكا وسطا بين المدة القديمة والمدة الجديدة .

والصورة الثانية أن يكون الباقى من المدة التى يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد . وحينئذ لا يسرى القانون الجديد ، بل يستمر التقادم إلى أن تنتهى مدته وفقاً للقانون القديم . ففى هذه الصورة يؤخذ بالأثر المستمر للقانون القديم . وقد نصت المادة ٨ / ٢ مدنى على هذا الحل فقالت : « أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » . فإذا كانت مدة التقادم وفقا للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضى عشر سنوات من بدء سريان التقادم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقى من المدة السارية وهو خمس سنوات يكون أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد ، فيستمر التقادم خمس سنوات من وقت نفاذ القانون الجديد ، حيث يتم بانقضاء هذا الباقى وفقا للقانون القديم . وقد أخذ الشارع بهذا الحل على خلاف ما أخذ به فى الصورة الأولى ، لأن صرف النظر عما انقضى من المدة فى ظل القانون القديم والأخذ بالمدة الجديدة يؤدى إلى إطالة المدة عما كانت عليه فى القانون القديم مع أن الشارع يريد تقصيرها . كذلك لم يأخذ الشارع بالقاعدة العامة فى الأثر المباشر للقانون الجديد ، لأن الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة فى ظل القانون القديم يؤدى إلى اعتبار التقادم مكتملا فور نفاذ القانون الجديد ، فيكون فى هذا مفاجأة لمن يسرى التقادم ضده ويحرمه من فرصة المطالبة بحقه .

١٨٠ – القوانين المتعلقة بالأدلة المعدة للإثبات :

نصت المادة ٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده » .

وقد سبق أن عرضنا لهذه الصورة من التنازع عند الكلام فى تطبيقات الأثر المباشر للقانون فيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات . حيث فرقنا فى هذا الشأن بين نوعين من هذه القوانين : النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التى تحدث بعد نفاذها ، أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع فى إثباتها للقانون الذى وقعت فى ظله . وقد رأينا أن الأدلة التى تعد مقدما ، وهى الكتابة ، تعتبر من هذا القبيل ومن ثم يخضع الإثبات بها للقانون الذى نشأت فى ظله الواقعة التى يجرى إثباتها ، وهو ما قرره النص المذكور . إذ أن تطلب توفر الدليل فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها يؤدى إلى نشوء مركز قانونى من حيث الإثبات فى الوقت الذى كان يجب فيه توافر هذا الدليل ، ومن ثم يخضع هذا المركز القانونى للقانون القائم وقت نشوئه .

والنوع الثانى يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التى يجرى إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة .

ونكتفى بالإحالة إلى ما تقدم من تفصيل فى هذا الخصوص(١) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٤ .

١٨١ – قوانين المرافعات :

نص تقنين المرافعات المدنية والتجارية فى المادتين الأولى والثانية منه على الحلول التى تتبع عند التنازع بين قوانين المرافعات . وسنعرض منها أولا الحلول التى يقضى بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التى يقضى بها مبدأ الأثر المباشر :

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ٢ /١ مرافعات فى هذا الصدد على ما يأتى : « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا مالم ينص على غير ذلك » .

فبمقتضى مبدأ عدم الرجعية يخضع كل إجراء من إجراءات المرافعات للقانون الذى تم تحت سلطانه . فإذا اتخذ إجراء صحيح وفقا للأوضاع التى يتطلبها القانون القائم وقت مباشرته فإنه يبقى صحيحا ، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد يستلزم أوضاعا أخرى لصحة هذا الإجراء . إذ أن تطبيق القانون الجديد على هذا الإجراء يعتبر سريانا على الماضى . مثل ذلك أن المادة ٣٨٩ من تقنين المرافعات الحالى توجب اشتمال صحيفة المعارضة على أسبابها وإلا كانت باطلة . بينما لم يكن التقنين القديم يتطلب ذلك . فإذا أعلنت صحيفة المعارضة فى ظل التقنين القديم دون بيان الأسباب فإنها تظل صحيحة رغم صدور التقنين الجديد قبل الفصل فى المعارضة .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على تطبيق خاص لعدم الرجعية فقالت : « ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » . فإذا استحدث القانون الجديد ميعادا للسقوط فإن المدة التى يقوم عليها هذا الميعاد لايبدأ سريانها إلا من وقت نفاذ ذلك القانون . مثل ذلك أن المادة ٩١ من تقنين المرافعات الحالى استحدثت ميعادا للسقوط ، حيث قضت باعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة ستة شهور دون أن يطلب المدعى السير فيها . وعليه فبالنسبة إلى الدعاوى التى شطبت فى ظل التقنين القديم لايسقط حق المدعى فى طلب السير فيها إلا بمضى ستة شهور من وقت نفاذ التقنين الحالى ، وليس من تاريخ شطبها .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة الأولى مرافعات فى هذا الصدد

على مايأتى : «تسرى قوانين المرافعات على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها . . .»

فبمقتضى مبدأ الأثر المباشر تسرى قوانين المرافعات من وقت نفاذها على الدعاوى التى رفعت فى ظل القانون القديم ولم يصدر فيها قبل هذا النفاذ حكم فى الموضوع؛ سواء كان هذا الحكم نهائيا أو غير نهائى . فإذا كانت الدعوى لاتزال منظورة أمام القضاء ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى غير التى تنظرها ، وجب أن تحال إلى تلك المحكمة الأخرى التى أصبحت مختصة . وإذا صدر قانون جديد يعدل فى الإجراءات التى تتبع فى الدعوى فإنه يسرى على كل إجراء لم يتم قبل نفاذه .

غير أن الشارع بعد أن قرر مبدأ الأثر المباشر على هذا النحو فى صدر المادة المذكورة ، أورد عليه الاستثناءات الثلاثة الآتية ، حيث أخذ فيها بالأثر المستمر للقانون القديم :

(١) «القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى» . فإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة ، وأخذت المحكمة فى نظرها إلى أن قفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لإصدار الحكم ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى ، فإن المحكمة التى كانت تنظرها تستمر ولايتها رغم ذلك فتصدر الحكم فيها(١) . وعلة هذا الاستثناء أن المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم تقتضيان ألا ينظر من جديد فى نزاع تم بحثه وأصبح صالحا للفصل فيه .

(٢) «القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها» . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات ، سواء كان ميعادا للطعن كالطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو كان ميعاد سقوط ، ثم صدر قبل تمامه قانون جديد يعدل منه بأن يطيله أو يقصره ، فلا يسرى عليه القانون الجديد ، بل يظل خاضعا للقانون القديم الذى بدأ

---

(١) والفرض فى هذا ألا يكون القانون الجديد قد ألغى المحكمة التى تنظر الدعوى . فإذا ألغيت هذه المحكمة فلا ينطبق حكم الاستثناء ، إذ أن الإلغاء يتحقق فور نفاذ القانون الجديد ، فتنتقل الدعاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحكمة التى حددها هذا القانون .

فى ظله إلى أن ينتهى وفقا لحكمه . وهذا الحل يخالف ما أخذ به الشارع فى التقنين المدنى فيما يتعلق بمدد التقادم ، وذلك رغبة فى تبسيط طريقة حساب المواعيد .

(٣) « القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق » : فإذا صدر قانون يلغى طريقا للطعن كان مقررا من قبل ، أو ينشئ طريقا لم يكن مقررا من قبل ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التى صدرت قبل نفاذه : ومن ثم إذا صدر حكم فى ظل قانون يجيز الطعن فيه مثلا بالاستئناف ، ثم جاء قانون جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فلا يسرى هذا القانون الجديد ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف وفقا للقانون الذى صدر فى ظله. وكذلك يكون الحل فى الصورة العكسية.

غير أنه يلاحظ أننا لا نكون بصدد استثناء حقيقى فى هذا المقام إلا إذا كان الحكم الصادر قبل نفاذ القانون الجديد غير نهائى : حيث يتعلق الأمر فى هذه الحالة بمركز قانونى لم يتم تكوينه بعد ، فيكون استمرار سريان القانون القديم عليه استثناء من مبدإ الأثر المباشر للقانون الجديد . أما إذا كان الحكم قد أصبح نهائيا قبل نفاذه القانون الجديد ، فإن عدم سريان هذا القانون عليه لا يكون من قبيل الاستثناء ، بل يعتبر تطبيقا لمبدإ عدم الرجعية . إذ تكون فى هذه الحالة بصدد مركز قانونى تم تكوينه فى ظل القانون القديم .

١٨٢ - قوانين العقوبات :

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى ولا يقيد الشارع : غير أن سلطة الشارع فى الخروج على هذا المبدإ تقتصر على المواد غير الجنائية .

فالقاعدة هى عدم رجعية قوانين العقوبات ، وهى القوانين التى تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها . وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد ، بحيث لا يجوز مطلقا أن يصدر قانون يعاقب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها . وقد رأينا أن الدستور

ينص على هذه القاعدة (م٢٥و١٦٤) ؛ كما نصت عليها المادة الخامسة من تقنين العقوبات فقالت : « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها »(١) ؛

غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة فيما يتعلق بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، وهو استثناء لا ينافى الحرية الفردية ، إذ أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحا أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وقد نص تقنين العقوبات على هذا الاستثناء ؛ فبعد أن وضع الشارع القاعدة العامة المذكورة فى الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذا التقنين ، أورد فى الفقرتين الثانية والثالثة مضمون هذا الاستثناء ؛ ثم استبعد فى الفقرة الرابعة قوانين العقوبات المؤقتة من حكم الاستثناء ؛ ولهذا نتكلم فى قوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، ثم فى قوانين العقوبات المؤقتة .

أولا : قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : نصت المادة٥/٢و٣ عقوبات على حكم سريان هذه القوانين فى الزمان فقالت : « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره — وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » ؛

فقوانين العقوبات الأصلح للمتهم هى التى تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . ولبيان مدى سريانها على الماضى لصالح المتهم تجب التفرقة بين الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى إذا صدر قانون جديد يمحو الجريمة ، أى يجعل الفعل الذى ارتكبه المتهم مباحا فلا يعاقب عليه بعد أن كان معتبرا جريمة . وفى هذه الحالة يسرى القانون الجديد بأثر رجعى ، فيستفيد منه المتهم ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا القانون قد أصبح نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم أو بعد صدور الحكم . فإذا لم يكن قد صدر حكم نهائى تحكم المحكمة بالبراءة . وإذا كان قد صدر حكم نهائى يقف تنفيذ

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ، إذ أن تطبيق القانون الجديد حينئذ لا يقتضى إصدار حكم جديد ، ومن ثم لا يتعارض هذا التطبيق مع حجية الأمر المقضى .

والحالة الثانية إذا صدر قانون جديد يخفف العقوبة التى كانت مقررة للجريمة فى القانون القديم . وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول أن يصبح القانون الجديد نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم، أى قبل صدور حكم لم يعد قابلا للطعن فيه. وحينئذ يسرى القانون الجديد بأثر رجعى، فيستفيد منه المتهم ، حيث تحكم المحكمة بالعقوبة المخففة .

والفرض الثانى أن يصبح القانون الجديد نافذاً بعد صدور حكم نهائى ضد المتهم : وحينئذلا يسرى القانون الجديد ،فلا يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة ، إذ أن التخفيف عن المتهم فى هذا الفرض طبقا للقانون الجديد يتطلب حكما جديدا يقرر هذا التخفيف، وهو أمر لم يعد جائزا لأنه يتعارض مع حجية الأمر المقضى .

ثانيا : قوانين العقوبات المؤقته : نصت المادة ٥ / ٤ عقوبات فى خصوص هذه القوانين على ما يأتى : «غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها» .

فالاستثناء الخاص بالقوانين الأصلح للمتهم لا يسرى حكمه بالنسبة إلى قوانين العقوبات المؤقتة . ويراد بهذه القوانين تلك التى ينص فيها على سريانها مدة محددة ، بحيث تلغى ضمنيا بانقضاء هذه المدة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائها . كأن يصدر قانون يفرض حدا أقصى لأسعار بعض السلع ، ويقرر عقوبات توقع على من يخالفه، ويحدد تاريخا معينا ينتهى فيه العمل به .

فإذا وقعت جريمة طبقا لأحكام قانون مؤقت ، ثم انتهت الفترة المحددة للعمل به ، فأصبح الفعل مباحا أو صدر قانون آخر يخفف العقوبة التى كانت مقررة له ، فلا يستفيد المتهم من ذلك ، بل يطبق عليه القانون الذى ارتكبت الجريمة تحت سلطانه. وذلك بشرط أن يكون إنتهاء الفترة المحددة لسريان القانون بعد قيام إجراءات الدعوى

ضد المتهم . لا فارق فى هذا بين أن يكون قد صدر حكم نهائى ضد المتهم أو لم يكن قد صدر حكم ، إذ فى الحالة الأولى ينفذ الحكم ، وفى الحالة الثانية يستمر السير فى الدعوى.

وهناك رأى يذهب إلى أن القوانين المؤقتة فى حكم هـــذا النص لا تقتصر على القوانين التى ينص فيها على سريانها فترة محددة ، بل تشمل كذلك القوانين الأستثنائية التى تصدر فى حالة الطوارىء ولو لم يكن منصوصاً فيها على مدة معينة لسريانها ، كالأوامر العسكرية التى تصدر أثناء قيام الأحكام العرفية ، حيث يكون سريانها رهيناً بالظروف الاستثنائية المؤقتة التى صدرت فيها . ولـكن محكمة النقض لا تأخذ بهذا الرأى ، بل تقصر الحكم على القوانين المؤقتة التى ينص فيها على سريانها مدة محددة(١) .

والعلة فى عدم إجراء حكم الاستثناء على القوانين المؤقتة أنه ليس من المقبول أن يستفيد المتهم من مضى المدة التى يحددها القانون لسريانه .

الفصل الثانى

تفسير القانون

١٨٣ — معنى التفسير وتحديد مجاله :

التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذى تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حـــدود الحالة الواقعية التى وضعت القاعدة من أجلها .

ويبدو من هذا أن التفسير لايرد إلا على المصدر الذى يأتى باللفظ والمعنى معا . فهو يتناول القواعد التشريعية ، لأن هـــذه القواعد تأتى فى نصوص مكتوبة صادرة فى صورة رسمية من السلطة المختصة . كما يتناول القواعد الدينية الوارده فى الـكتب السماوية كالقرآن،أو فى أحاديث الرسل،لأن هذه القواعد تكون فى أحاديث مكتوبة .

أما القواعد العرفية فإنها لاترد فى ألفاظ محددة . فإذا أريد تطبيقها وجب لذلك

---

(١) نقض جنائى فى ٢٨ يناير ١٩٤٦ ؛ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ٦٣ رقم ٦٩ .

تقصى وجودها ، وهذا التقصى يؤدى بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها . وبذلك فإن التحرى عن وجود القاعدة العرفية يتضمن فى الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذى تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير .

وليس هنا مجال البحث فى تفسير القواعد الدينية ، إذ أن تفسير هـذه القواعد يخضع لأصول معينة تختص بها الدراسات الدينية ، ومن ثم يقتصر بحثنا فى هذا المقام على تفسير القواعد التشريعية .

١٨٤ — أنواع التفسير :

التفسير ، بحسب الجهة التى تقوم به ، على أنواع ثلاثة ، هى التفسير التشريعى والتفسير الفقهى والتفسير القضائى .

فالتفسير التشريعى يتولاه الشارع نفسه ، ولذلك يتميز بطابع خاص يخالف المألوف فى التفسير ، حيث تكون له قوة القانون . ولذلك نفرد له فرعا خاصاً .

أما التفسير الفقهى فيقوم به الفقه ، والتفسير القضائى يقوم به القضاء ، وهما يتفقان فى الأسس ، ولا يختلفان إلا من حيث الظروف التى يصدر فيها كل منهما . ولذلك نعرض لهما معا .

الفرع الأول

التفسير التشريعى

١٨٥ — معنى التفسير التشريعى والسلطة التى تقوم به :

التفسير التشريعى هو الذى يتولاه الشارع . فقد يثور خلاف حول حقيقة الحكم الذى يتضمنه تشريع معين ، أو تقضى المحاكم بما يخالف المعنى الذى قصده الشارع من هذا الحكم . وفى هـذه الحالة أو تلك قد يرى الشارع التدخل لبيان المعنى المقصود من التشريع .

والأصل أن يصدر التفسير التشريعى من السلطة ذاتها التى وضعت التشريع المراد

تفسيره . غير أن الضرورات العملية قد تقتضى أن تفوض السلطة التى وضعت التشريع سلطة أخرى فى القيام بهذا التفسير .

ومن أمثلة التفسير التشريعى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى صدر تفسيرا لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الخاص بفرض سعر إلزامى للعملة الورقية . فقد قرر هذا المرسوم الأخير بطلان شرط الدفع بالذهب ، وجاءت صيغته فى هذا المعنى مطلقة . ولكن المحاكم المختلطة فسرته بأن المقصود هو بطلان شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الداخلية دون المعاملات الدولية . فتدخل الشارع بمرسوم سنة ١٩٣٥ ، حيث أوضح أن بطلان شرط الدفع بالذهب المنصوص عليه فى مرسوم سنة ١٩١٤ لايقتصر على المعاملات الداخلية ، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية .

ومن أمثلة التفسير التشريعى الذى يصدر من سلطة غير التى وضعت التشريع المراد تفسيره ، التفسيرات التشريعية التى يصدرها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعى بمقتضى التفويض الوارد فى هذا القانون . فقد نصت المادة ١٢ مكررة من هذا القانون على أن « لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراته فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما ، وتنشر فى الجريدة الرسمية » .

١٨٦ — مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعى :

يعتبر التفسير التشريعى جزءا متمما للتشريع المراد تفسيره . ولهذا رأينا أنه يسرى على الوقائع التى حصلت قبل صدوره مادام أنها قد حدثت فى ظل التشريع المراد تفسيره . ومن ثم تكون له ذات القوة الملزمة التى للتشريع المراد تفسيره ، فيتقيد به القاضى عند تطبيق هذا التشريع .

غير أنه يحتمل أن تتجاوز السلطة التى تتولى التفسير التشريعى نطاق التفسير ، فتضع قواعد جديدة تحت ستار هذا التفسير . وهذا يقتضى التفرقة بين حالتين :

الأولى ، إذا صدر التفسير التشريعى من سلطة تملك تعديل التشريع المراد تفسيره ، وحينئذ يكون التفسير ملزما ، حتى لو جاء متضمنا لقواعد جديدة ، بحيث

ينطوى على تعديل التشريع المراد تفسيره ، إذ أن السلطة التى أصدرته تملك هذا التعديل :

والثانية ، إذا صدر التفسير التشريعى من سلطة قامت به بمقتضى تفويض من السلطة المختصة بوضع التشريع المراد تفسيره : وحينئذ يجب على السلطة المفوضة أن تراعى الغرض المقصود من المهمة الموكولة إليها ، بحيث يكون مايصدر عنها من قبيل التفسير الذى تحتمله النصوص المراد تفسيرها . فإن تجاوزت ذلك النطاق ، بحيث يعتبر ماصدر عنها فى حقيقته تعديلا للأحكام الواردة فى هذه النصوص ، فلا يكون لما أصدرته قوة ملزمة ، ويستطيع القاضى أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من حق الرقابة على صحة التشريعات .

الفرع الثانى

التفسير الفقهى والتفسير القضائى

١٨٧ — مقارنة بين التفسير الفقهى والتفسير القضائى :

يقصد بالتفسير الفقهى ذلك الذى يقوم به الفقهاء عند دراستهم للقانون ، ويقصد بالتفسير القضائى ذلك الذى يتولاه القضاة حين يطبقون القانون على مايرفع إليهم من أقضية . والتفسير بنوعيه هذين هو الذى يقصد من لفظ التفسير إذا أطلق ، وهو الذى يتناوله البحث فى مذاهب التفسير وطرقه .

ويتفق هذان النوعان من التفسير سواء فيما يتعلق بالمذهب الذى يعتنقه المفسر أو الطرق التى يسلكها فى التفسير . فهما لايختلفان إلا فى الظروف التى يصدر فيها كل منهما . ذلك أن القضاة يفسرون القانون لتبين الحكم الذى يطبقونه على المنازعات المعروضة عليهم ، فهم يتأثرون فى ذلك بالظروف الواقعية التى تحيط بهذه المنازعات ، ويدخلون فى حسابهم مايؤدى إليه الحل الذى يرونه من نتائج عملية . أما الفقهاء فهم يفسرون القانون بطريقة مجردة ، دون أن تكون تحت نظرهم حالات واقعية يراد

الفصل فيها ، فلا ينظرون فيما يرونه إلى مايترتب عليه من نتائج عملية، ولهذا يغلب على تفسيرهم الطابع النظرى .

على أن هذا لايعنى انعدام الصلة بين الفقه والقضاء . فهناك تعاون وثيق يقوم بينهما فى تفسير القانون ، وهو تعاون تفرضه طبيعة الأشياء : حيث يستفيد كل منهما من عمل الآخر : فالفقيه ينير الطريق أمام القاضى ، وهذا يزود الفقيه بصور عملية لم تخطر له ، وبذلك يجمع التفسير فى الناحيتين بين الأصول النظرية والاعتبارات العملية : وكثيراً مايحمل أحدهما الآخر على العدول عن رأيه .

وسنعرض فيما يلى للمذاهب العامة فى التفسير ، ثم لطرق التفسير :

المبحث الأول

مذاهب التفسير

١٨٨ – تعدد مذاهب التفسير :

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذى يقوم به الشارع فى وضع القواعد القانونية . فقد أدى هذا الاختلاف إلى تباين وجهات النظر فيما يجب البحث عنه عند التفسير لتحديد المعنى المقصود من النص :

حيث ظهرت مدارس فى هذا الصدد،أهمها مدرسة الشراح على المتون والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية . وسنعرض لهذه المدارس،ثم نتبين مايؤخذ به منها فى تفسير القانون المصرى :

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتون

١٨٩ – مذهب مدرسة الشرح على المتون :

ظهرت مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص عقب وضع التقنينات الفرنسية فى بداية القرن التاسع عشر . فقد ظفرت هذه التقنينات بقدر كبير من التقدير باعتبارها أول عمل تشريعى ضخم من نوعه ظهر فى العصر الحديث ، حتى ساد الاعتقاد حينذاك أنها أحاطت بكل شيء . فأدى هذا إلى ظهور تلك المدرسة التى بالغ فقهاؤها فى تقديس النصوص ، حتى جروا على شرحها نصا نصا بحسب الترتيب الذى وردت به فى التقنين ، وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص .

ويصدر مذهب هذه المدرسة عن فكرتها فى أصل القانون وتكوينه : فهى ترد القانون إلى مشيئة الشارع ، وبذلك تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . وبناء على ذلك يذهب فقهاؤها إلى أن التفسير يجب أن يتجه أولا إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص . ويستدل على هذه الإرادة من ألفاظ النص مع إعمال قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ، وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية .

فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع فى خصوص مسألة معينة ، نظرا إلى عدم وجود نص ينطبق مباشرة على هذه المسألة ، وجب الإلتجاء إلى إرادة الشارع المفترضة . ويراد بهذه الإرادة تلك التى يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة ، وذلك فى ضوء مسلك الشارع فى النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى .

فتفسير النصوص فى فقه هذه المدرسة هو البحث عن إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص ، حتى لو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا

وقت تطبيق النصوص عما كانت عليه وقت وضعها . إذ بهذا ينتفى التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، فإذا تغيرت ظروف المجتمع كان الأولى أن يعدل التشريع ، لأن يقوم المفسر مقام الشارع :

١٩٠ – نقد مدرسة الشرح على المتون :

تعرض مذهب مدرسة الشرح على المتون لنقد شديد . فقد أدت نظرتها الشكلية إلى القانون ، باعتبار التشريع هو مصدره الوحيد ، إلى التشبث بالنصوص والإسراف فى استعمال طرق الاستدلال اللفظى والمنطقى ، الأمر الذى ترتب عليه الوصول إلى نتائج غير مقبولة لاتتفق مع ظروف الحياة الواقعية .

كما أن افتراضها إرادة للشارع وقت وضع النصوص ، حيث لا توجد إرادة حقيقية ، بالنسبة إلى مايستجد فى الحياة العملية من صور جديده جعل فقهاؤها ينسبون إلى الشارع إرادة مفتعلة فى وقت بعيد رغم تغير الظروف ، وهذا من شأنه أن يطبع القانون بطابع الجمود ويقعد به عن التطور .

المطلب الثانى

المدرســة التاريخية

١٩١ – مذهب المدرسة التاريخية :

ظهرت المدرسة التاريخية أو الإجتماعية فى ألمانيا . ويقوم مذهبها فى التفسير على أساس نظرتها إلى أصل القانون. فهى ترى أن القانون ليس من صنع إرادة واعية مدبرة ، وإنما هو خلق البيئة وثمرة التطور ، حيث ينشأ القانون فى المجتمع نتيجة تفاعل عوامل مختلفة ، ويتطور بتطور الظروف الإجتماعية ، ويكون دور الشارع عند وضع القواعد القانونية قاصرا على تسجيل ما خلقته البيئة : ومن ثم فإن القواعد التى يضعها الشارع تنفصل عن إرادة واضعيها ، فتتصل بالحياة الإجتماعية وتتفاعل معها وتتطور بتطور

ظروفها . وبناء على ذلك لا ينبغى أن تفسر النصوص التشريعية وفقا لإرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضعها ، بل يجب أن تفسر وفقا لإرادته المحتملة ، وهى الإرادة التى كان يتجه إليها الشارع لو أنه وجد فى الظروف القائمة وقت التفسير . وعلى هـذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلا للتطور لمواجهة الظروف الإجتماعية المتغيرة .

١٩٢ — تقدير المدرسة التاريخية :

تمتاز المدرسة التاريخية بما تؤدى إليه من إعطاء النصوص مرونة تجعلها صالحة لمسايرة التطور فى المجتمع . ولكن يؤخذ عليها أنها تخرج بالتفسير عن معناه الصحيح ، وهو التعرف على حقيقة الحكم الذى تتضمنه القاعدة القانونية . فهى تتيح لمن يتصدى للتفسير أن يدلى برأيه الشخصى بحسب نظرته إلى الظروف القائمة فى المجتمع ، وبذلك يصبح التفسير أداة لتعديل النصوص أو خلق قواعد جديدة ، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر . وهذا من شأنه أن يهيء المجال للتحكم ، بحيث يحول دون الثبات الواجب توافره لاستقرار التعامل .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

١٩٣ — مذهب المدرسة العلمية :

زعيم المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر هو الفقيه الفرنسى جنى Gény(١)، وقد جاءت هذه المدرسة تعارض كلا من المذهبين السابقين فى إطلاقهما . فهى ترى أن التفسير يجب أن يتجه إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص ،

---

(١) لهذا الفقيه كتاب من جزءين فى طرق تفسير القانون الخاص الوضعى ومصادره .

وذلك على اعتبار أن التشريع عمل قامت به إرادة واعية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ، فلا ينظر إلى الإرادة المحتملة التى قد يتجه إليها لو أنه وجد فى الظروف القائمة وقت التفسير كما تقول المدرسة التاريخية . فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع فى خصوص مسألة معينة ، نظرا إلى عدم وجود نص يتناول هذه المسألة ، وجب أن يتلمس المفسر القاعدة التى ينشدها فى المصادر الرسمية الأخرى ،فلا يلجأ إلى إرادة مفترضة ينسبها إلى الشارع كما تقول مدرسة الشرح على المتون . فإذا لم يجد المفسر قاعدة فى هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول چنى سبيل البحث العلمى الحر ، ويقصد به الرجوع إلى المصادر المادية للقانون بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية كى يستلهم منها الحل الذى يطبق على تلك المسألة .

١٩٤ — تقدير المدرسة العلمية :

تمتاز هذه المدرسة بسلامة الأساس الذى تقوم عليه ، بحيث تبرأ من العيوب التى تؤخذ على المدرستين الأخريين : فهى تعتد بإرادة الشارع الحقيقية ، وتتجه إلى المصادر الرسمية غير التشريعية حيث لا توجد قاعدة فى التشريع ، وبذلك توفر للقانون من الثبات ما ينأى به عن التحكم ويضمن الاستقرار الواجب للتعامل . فإذا لم توجد قاعدة فى هذه المصادر جميعها كان لامناص من استلهام المادة الأولية للقانون من طريق الإجتهاد .

غير أنه يلاحظ أننا يجب ألا نبالغ فى الإعتداد بارادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص. حيث يجدر أن تأخذ فى الاعتبار الفكرة التى دفعت الشارع إلى وضع النص . كما يجدر أن نطبق النص على جميع الصور التى يصدق عليها ولو كانت لم تخطر للشارع على بال . هذا إلى أن سلوك سبيل البحث العلمى الحر يجب أن يكون فى ظل ضوابط معينة ، فلا يكون المفسر مطلق الحرية فى الإجتهاد ، وإنما ينبغى عليه أن يراعى الروح العامة التى تسود التشريع .

المطلب الرابع

التفسير فى القانون المصرى

١٩٥ – مذهب التفسير فى القانون المصرى :

لا يأخذ الشارع المصرى بمذهب مدرسة الشرح على المتون فى حصر المصادر الرسمية للقانون فى التشريع وحده (١) . فقد رأينا أن المـادة الأولى من التقنين المدنى توجه القاضى أولا إلى تطبيق النصوص التشريعية ، فإذا لم يوجد نص تشريعى أحالته إلى مصادر القانون الأخرى . ومن ثم فلا مجال للبحث عما يسمى الإرادة المفترضة للشارع .

كذلك لا يأخذ الشارع بمذهب المدرسة التاريخية أوالإجتماعية فى تفسير النصوص وفقا لارادة الشارع المحتملة لو أنه وجد فى الظروف القائمة وقت التفسير . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على سريان النصوص التشريعية على المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها. حيث آثر الشارع المصرى الاعتداء بعبارة النص أو روحه بدلا من الاشارة إلى إرادة أو نية الشارع.وجاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد ما يأتى :

« ونصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحـكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدنى مايأتى : « ليس التشريع فى حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المتون فى مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما فى ظل نظام التقنين . لذلك يخلق بالقاضى أن يلتمس الحـكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ١٨٧) .

إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة . والاشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل فى هذا المقام من إشارة المادة ٣ من التقنين المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٣٨ إلى نية المشرع ، فهذه النية أمر مستتر يفترض وجوده فى الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة فى كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه فى أحيان أخرى .

فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية فى تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز فى خطره تلك النية التى تقدم ذكرها(١) »

إنما يأخذ الشارع بمذهب المدرسة العلمية مع مراعاة الاعتبارات والضوابط التى ذكرناها فى تعقيبنا على هذا المذهب. ذلك أن التقيد فى تطبيق النصوص التشريعية بما تؤدى إليه ألفاظها أو فحواها مقتضاه الاعتداد بارادة الشارع الحقيقية مع مراعاة الفكرة التى دفعته إلى وضع النص. والأخذ بفحوى النص أو روحه من شأنه أن يؤدى إلى تطبيق النص على صور جديدة تتوفر فيها علة الحكم ولو لم تخطر على ذهن الشارع .

المبحث الثانى

طرق التفسير

١٩٦ — طرق داخلية وطرق خارجية :

يقصد بطرق التفسير الوسائل التى يتخذها المفسر لفهم المعانى التى يدل عليها النص التشريعى .

وهذه الطرق إما طرق داخلية يرجع فيها إلى النص ذاته ، أو طرق خارجية يلجأ فيها إلى عناصر خارجة عن النص :

(١) طرق التفسير الداخلية : تعتمد هذه الطرق فى فهم معنى النص على الدلالة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المرجع السابق .

المستفادة من صيغته ، سواء كان طريق هذه الدلالة هو المنطوق اللفظى للنص ، أم كان طريقها هو المفهوم الذى يؤخذ من فحوى النص . فهى من هذا تتطلب الوقوف على مقتضى الأساليب فى اللغة العربية ، وطرق الدلالة فيها ، وما تدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة .

وقد عنى علماء أصول الفقه الإسلامى بوضع عدة قواعد أصولية لغوية استمدوها من استقراء الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها ، وذلك للتوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهما صحيحا ، وإيضاح ما فيه خفاء من هذه النصوص ، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض . فهى قواعد لفهم العبارات العربية فهما صحيحا . ولهذا نستعين بها فى هذا المقام بالقدر الذى يتطلبه تفسير النصوص الوضعية . إذ أنها بهذه المثابة توصل إلى فهم مواد أى قانون وضع باللغة العربية . وهذا مع ملاحظة أن المفسر للقانون الوضعى ، وهو يفسر نصوصا من وضع أناس ليسوا معصومين من الخطأ ، يتمتع بقدر من الحرية لا يتوفر لمن يفسر قواعد الشريعة الإسلامية التى تستمد من كتاب الله أو من سنة رسوله .

(٢) طرق التفسير الخارجية : تعتمد هذه الطرق فى فهم معنى النص على عناصر خارجة عنه ، وذلك حينما لا تكون صيغة النص دالة على المراد منه . وأهم هذه الطرق ما يأتى :

١ — حكمة التشريع : يراد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذى يتضمنه هذا التشريع . فهى الغاية المقصودة من الحكم ، أى المصلحة التى قصد الشارع تحقيقها أو المفسدة التى قصد دفعها . وكثيرا ما يفيد الوقوف على هذه الغاية فى تعرف معنى النص إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين كما سنرى .

٢ — الأعمال التحضيرية : هذه هى مجموعة الوثائق التى تبين المراحل التى مر بها النص عند وضعه . فهى تشمل مشروع النص والمناقشات التى دارت حوله فى اللجان الفنية التى قامت بوضعه والمجالس التشريعية التى تولت إقراره . كما تشمل المذكرة الايضاحية التى تكتب تعليقا على مشروع النص ، فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه . وهذه كلها تعين إلى حد كبير على فهم معنى النص والوقوف على حقيقة الحكم الذى يتضمنه .

على أنه يلاحظ أن المذكرة الايضاحية لا تلزم المفسر ، سواء كان قاضيا أو فقيها . إذ لا تعتبر جزءا من التشريع . وقد يخطىء واضعها فى إيضاح معنى النص ، فيضمنها آراء لا تتفق مع حقيقة الحكم المنصوص عليه . كما أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى

النص بسبب ماأدخل علىمشروعهمن تعديلات بعد وضعها . ولذلك تجب مراعاة الحذر فى الاعتماد عليها، بحيث تراعى إلى جانبها كل المراحل التى مر بها النص والمناقشات التى التى دارت فى كل منها .

٣ ـ المصادر التاريخية : يراد بالمصدر التاريخى الأصل التاريخى الذى استقى منه الشارع الحكم المنصوص عليه . فقد يكون هذا المصدر قانون دولة أجنبية أو قضاءها أو فقهها . وقد يكون القانون القديم فى الدولة أو القضاء أو الفقه فيها . والرجوع إلى المصدر التاريخى للنص يساعد المفسر فى معرفة المعنى المقصود .

ولذلك فنصوصنا المأخوذة من الشريعة الإسلامية يرجع فى فهم معناها إلى الفقه الإسلامى . والنصوص المأخوذة من القانون القديم يرجع فى تفسيرها إلى القضاء والفقه المصريين فى ظل هذا القانون . والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسى يستعان فى الكشف عن معناها بالقضاء والفقه الفرنسيين .

٤ ـ لا يصح التعويل على النص الفرنسى : كانت التقنينات المصرية الأولى التى صدرت فى أواخر القرن الماضى من وضع أشخاص من الأجانب، ولذلك وضعت أولا باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وجرى العمل بعد ذلك فى العهود الماضية على اتباع هذه الطريقة فى وضع القوانين نظرا إلى اشتراك أشخاص من الأجانب فى وضعها . وقد ثار الخلاف حينذاك حول ما إذا كان النص الذى يتبع هو النص العربى أم النص الفرنسى عند اختلافهما. فمن فضل النص العربى استند إلى أنه النص الرسمى ، ومن فضل النص الفرنسى راعى أنه الأصل الذى يعتبر النص العربى ترجمة له . والواقع أن كون النص الفرنسى هو الأصل ينهض بالرجوع إليه للوقوف على المعنى المقصود من النص العربى إذا أشكل .

أما فى عهدنا الأخير فلم يعد هناك وجود لمثل هذه الطريقة الشاذة فى وضع القوانين . فمنذ زمن غير قصير أصبحت مشروعات القوانين تعد بواسطة لجان عربية خالصة ، وصارت اللغة العربية هى الأصل . ومن ثم فإن الأصل العربى للنص هو الذى يجب التعويل عليه دون غيره فى الكشف عن حقيقة المعنى المقصود . فليس من السائغ قانونا ولا عقلا أن يضع الشارع نصا بلغة ويتطلب من المخاطبين به أن يفهموا ألفاظه وعباراته

على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى . فثمة مبدإ أساسى يعتبر من الأوليات البديهية للعدالة، وهو أن القانون لايكون حجةعلى الناس إذا وضع بغير لغتهم أو كان طريق فهمه غير طريق فهم اللغة التى وضع بها ، إذ أن شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة المخاطبين على فهمه.

١٩٧ – الدلالات :

الدلالات هى ما تؤديه الألفاظ من معان . وهذه الدلالات تختلف طرقها ؛ وقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » :

ذلك أن الحكم الوارد فى النص قد تدل عليه ألفاظه أى عبارته ، وقد يدل عليه فحواه أى روحه ومعقوله .

ومقتضى هذا أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالته أو اقتضاءه . وكل ما يفهم من النص من المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويجب العمل به . إذ أن المكلف بنص قانونى يجب عليه أن يعمل بكل ما يدل عليه هذا النص بأى طريق من طرق الدلالة ، بحيث إذا اقتصر على العمل بمدلول النص من طريق وأهمل العمل بمدلوله من طريق آخر فقد يعطل النص من بعض الوجوه . وقد رأينا أن المذكرة الإيضاحية تقول فى هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدنى إن « نصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة(١) »

وعليه فالحكم المستفاد من النص قد يكون ثابتا من عبارته أى ألفاظه ، وقد يكون ثابتا من فحواه أى إشارته أو دلالته أو اقتضائه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

ومن هذا نتكلم فى دلالة عبارة النص ، ثم فى دلالة فحوى النص .

المطلب الأول

دلالة عبارة النص

١٩٨ — *تعريف . تنوع النص باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة :*

عبارة النص هى صيغته المكونه من ألفاظه أى من مفرداته وجمله . ودلالة عبارة النص هى دلالة النص على المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه . ويطلق على هذا المعنى الذى تدل عليه عبارة النص المعنى الحرفى للنص ، أو المعنى الصريح ، أو منطوق النص .

ومن أمثلة ذلك ما يدل عليه نص المادة ١٠٥ مدنى إذ تقول : « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » . فهذا النص يدل على أن الأصيل هو المتعاقد الذى تضاف إليه آثار عقد يبرمه النائب فى حدود النيابة . وهذا الحكم هو المعنى المفهوم من عبارة النص والمقصود من سياقه .

وما تنص عليه المادة ١/١٤٠ مدنى إذ تقول : « يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » . فيفهم من عبارة هذا النص أن الحق فى إبطال العقد لا يجوز التمسك به بعد مضى ثلاث سنوات ، لأن هذا هو المتبادر من ألفاظه والمقصود من سياقه .

ويتنوع النص التشريعى باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة على المراد منه . فهو إما أن يكون واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون غامضا بمعنى أن يكون غير واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون معيبا . ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث :

١٩٩ - أولا : النص الواضح الدلالة :

النص الواضح الدلالة هو مادل على المراد منه بذات صيغته من غير توقف على أمر خارجي .

وتتفاوت مراتب الوضوح فى دلالة العبارة على أساس احتمال التأويل وعدم احتماله(١) والتأويل فى اصطلاح الأصوليين هو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل . إذ القاعدة أنه إذا كان النص واضح الدلالة وجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل منه إلا بدليل :

(١) والنص الذى لايحتمل التأويل هو مادل بذاته على معناه المفصل تفصيلا لايبقى معه احتمال للتأويل . فمثل هذا المعنى يجب العمل به كما فصل دون غيره :

من ذلك أن تكون الصيغة دالة بذاتها دلالة واضحة على معنى مفصل وفيها ما ينفى احتمال إرادة غير هذا المعنى . كما هى الحال فى النصوص التى تصاغ عن طريق إحلال الكم محل الكيف ، وذلك بالتعبير برقم معين أو بنسبة معينة عن المعنى الذى يتضمنه

---

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامى النص الواضح الدلالة بحسب مراتب وضوحه إلى أربعة أقسام : فالمحكم أوضح النصوص دلالة ، ويليه المفسر ، ثم النص ، ثم الظاهر. وتظهر ثمرة هذا التفاوت عند التعارض ، حيث يقدم الأسبق فى المرتبة . ويتفق المحكم والمفسر فى أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ولا يقبل التأويل . وإنما يختلفان فى أن المحكم لايقبل النسخ فى عهد الرسول ، لأن الحكم المستفاد منه إما حكم أساسى من قواعد الدين لايقبل التبديل كعبادة الله وحده والإيمان برسله وكتبه ، أو من أمهات الفضائل التى لاتختلف بإختلاف الأحوال كبر الوالدين والعدل ، أو حكم فرعى جزئى ولكن دل الشارع على تأبيد تشريعه كقوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » . بينما المفسر يقبل النسخ فى عهد الرسول . أما بعد عهد الرسول فلا فارق بينهما ، حيث تعتبر الأحكام الشرعية التى جاءت فى القرآن والسنة كلها محكمة لاتقبل نسخا . ويتفق النص والظاهر فى أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجى ، ويقبل التأويل ، كما يقبل النسخ متى كان من الأحكام الفرعية الجزئية التى تتغير بتغير المصالح وتقبل النسخ . ولكنهما يختلفان فى أن اللفظ فى النص يدل على المعنى المقصود أصالة من سياقه ، أما اللفظ فى الظاهر فإنه يدل على معنى لم يقصد أصالة من السياق .

جوهر القاعدة القانونية . مثل ذلك ماتنص عليه المادة ٤٤/٢ مدنى، إذ تقول : « سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . فهذا النص يدل على أن الشخص يصبح رشيدا إذا بلغ سن الحادية والعشرين . وهذا العدد من السنين لايحتمل زيادة ولا نقصا . وما تنص عليه المادة ١/٨٥٤ مدنى إذ تقول : « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ». فهذا النص يدل على أن للمتقاسم أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا لحقه غبن يزيد على خمس النصيب الذى كان يستحقه . ونسبة الخمس هذه لاتحتمل التأويل . ومن هذا القبيل أيضا النصوص الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، أو مدد التقادم ، أو العقوبات على جرائم معينة .

ومن ذلك أن تكون الصيغة قد وردت مجملة غير مفصلة ولكن الشارع ألحقها ببيان أزال إجمالها وفصل معناها حتى صارت لاتحتمل التأويل . مثل ذلك ماتنص عليه المادة ١٢٧/١و٢ مدنى إذ تقول : « ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس . ٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . ففى الفقرة الأولى من هذه المادة وصف الشارع الرهبة التى يقوم عليها الإكراه بأنها التى تقوم على أساس . وهذا وصف مجمل فصل الشارع المعنى المقصود منه فى الفقرة الثانية على النحو المذكور بحيث أصبح لايحتمل التأويل . وما تنص عليه المادة ١/٢٣٨ مدنى ، إذ تقول : « إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » . فلكى يستطيع الدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف بعوض الذى يصدر من المدين إضرارا به اشترط الشارع فى صدر هذا النص أن يكون هذا التصرف منطويا على غش وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ثم فصل بعد ذلك

مايقصد بالغش فى هذا المقام ، حيث أبان أنه العلم باعسار المدين . وما تنص عليه المادة ٧٨٤ مدنى ، إذ تقول : « ١ — تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢ — ويقصد بالضمان فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون » . فقد ذكر الشارع لفظ الضمانات فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، ثم فصل المعنى المقصود من هذه الضمانات فى الفقرة الثانية .

(٢) والنص الذى يحتمل التأويل هو مادل بذاته على معنى معين وليس فيه ماينفى احتمال التأويل . وفى هذه الحالة يجب العمل بالمعنى الظاهر من النص مالم يقم دليل يقتضى العمل بغير هذا المعنى . إذ القاعدة عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل :

ومن وجوه التأويل تخصيص العام : فإذا ورد فى النص لفظ عام دل ذلك على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل مايصدق عليه من الحالات ، إلا إذا قام دليل على تخصيص الحكم ببعضها فإذا لم يقم دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على عمومه وإثبات الحكم لجميع مايصدق عليه من الحالات . وإن قام دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على مابقى من حالاته بعد التخصيص .

مثل ذلك ماتنص عليه المادة ١٣١ مدنى ، إذ تقول : « ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون » : فالقاعدة العامة بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة ، هى جواز التعامل فى المال المستقبل . غير أن هذا الحكم العام يجرى تخصيصه ، أى ترد عليه استثناءات ، بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة وبمقتضى نصوص أخرى ، فاستثناء من هذا الحكم يكون التعامل فى التركة المستقبلة باطلا إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون (م ٢/١٣١ مدنى) ، وتقع هبة الأموال المستقبلة باطلة (م ٤٩٢ مدنى) ، ويقع باطلا رهن المال المستقبل (م ٢/١٠٣٣ مدنى) .

ومثل ذلك أيضا ماتنص عليه المادة ٥٠٤ مدنى ، إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » : فالقاعدة العامة

المنصوص عليها فى صدر هذه المادة تقضى بأن الملكية أو أى حق عينى آخر تنتقل بمجرد التعاقد. غير أن هذا الحكم العام يجرى تخصيصه بمقتضى العبارة الأخيرة من النص، حيث لاتنتقل الملكية أو أى حق عينى آخر فى العقار إلا بالتسجيل ، ومن ثم لا يصدق الحكم العام إلا بالنسبة إلى المنقول :

ويلاحظ أن تخصيص العام ينطوى فى الوقت ذاته على إلغاء جزئى للقاعدة العامة بقدر ماجاءت به القاعدة الخاصة . حيث يستوى فى اعتقادنا ، سواء فيما يتعلق بتخصيص العام أو بالإلغاء الجزئى، أن تصدر هاتان القاعدتان فى وقت واحد أو تكونا متعاقبتين(١)؛ وقد سبق أن أشرنا إلى هذا المعنى عند الكلام فى الإلغاء الضمنى(٢) .

ومن وجوه التأويل كذلك تقييد المطلق : فإذا ورد فى النص لفظ مطلق ظل يفهم على إطلاقه إلا إذا قام الدليل على تقييده . فإن قام هذا الدليل كان صارفا له عن إطلاقه ومبينا المراد منه :

مثل ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » : فقد جاءت الوصية مطلقة ، ولكنها قيدت بالحديث الذى دل على أن الوصية لاتنفذ فى أكثر من الثلث ، فصار المراد فى الآية الوصية التى فى حدود ثلث التركة :

وهذا هو مانص عليه الشارع الوضعى : حيث نصت المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى : « يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » : فقد جاءت الوصايا فى هذا النص مطلقة ، ولكنها قيدت بمقتضى المادة ٣٧ من قانون الوصية التى تقضى بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة ، فصار المراد فى المادة الأولى الوصايا التى فى حدود ثلث التركه .

---

(١) أما فى اصطلاح الأصوليين من رجال الفقه الإسلامى فإن تخصيص العام هو تبين أن الحكم العام هو من بدء تشريعه حكم لبعض أفراده . فإذا شرع الحكم العام ابتداء متعلقا بكل أفراده ، ثم قضت المصلحة بقصر الحكم على بعض أفراده . كان هذا نسخا جزئيا لأنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة إلى بعض أفراده . ومن هذا ينتهون إلى أن التخصيص لابد أن يكون بدليل مقارن لتشريع العام ، فإذا كان متأخرا عنه فهو نسخ جزئى له .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٣ .

٢٠٠ – ثانيا : النص الغامض :

النص الغامض هو النص غير الواضح الدلالة ، فهو مالا يدل على المراد منه بذات صيغته ، بل يتوقف فهم هذا المراد على أمر خارجى ، أى أمر خارج عن عبارته . وفى هذه الحالة يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة للوقوف على المعنى المقصود من النص .

وينقسم النص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفى ، ومشكل ، ومجمل(١) . وسنتناول هذه الأنواع الثلاثه :

(١) الخفى : هو اللفظ الذى يدل على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل ، فيعتبر اللفظ خفيا بالنسبة إلى هذا البعض .

مثل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » . فمعنى هذا النص واضح ، لكن فى انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض ، كالقاتل خطأ . ولذلك اختلفت أئمة الفقه الإسلامى ، فالحنفية يعتبرون القاتل خطأ قاتلا فى حكم هذا النص فيمنعونه من الميراث ، بينما لا يعتبره المالكية كذلك فلا يمنعونه من الميراث . وقد أخذ قانون المواريث فى هذا الشأن بمذهب مالك(٢) ، فلم يعتبر القتل الخطأ مانعا من الإرث ، حيث صرح فى المادة الخامسة منه بأن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد . وهذا الحل هو الذى يتفق مع علة الحكم .

ومثل ذلك أيضا خفاء لفظ المنقول عند تطبيقه على التيار الكهربائى لمعرفة ما إذا كان من يختلس هذا التيار يعتبر سارقا . فقد عرفت المادة ٣١١ عقوبات السارق بأنه

---

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامى النص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفى ، ومشكل ، ومجمل ، ومتشابه . ويراد بالمتشابه اللفظ الذى لاتدل صيغته بذاتها على المراد منه ، ولاتوجد عناصر خارجية تبينه ، وإنما استأثر الشارع بعلمه فلم يفسره . فهو لفظ خفى معناه ولا سبيل إلى إدراكه . مثل ذلك الحروف المقطعة فى أوائل بعض السور مثل ال م ، أو حم . والمتشابه بهذا المعنى لايوجد فى الآيات والأحاديث الواردة لبيان الأحكام الشرعية ، ولذلك لم نعرض له فى المتن .

(٢) انظر المذكرة التفسيرية لقانون المواريث تعليقا على المادة الخامسة منه .

من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره، فثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائى يعتبر منقولاً، وانتهت محكمة النقض إلى اعتباره كذلك، إذ أن له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر .(١)

(٢) المشكل : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، بل لا بد من عناصر خارجية تبين هذا المراد . فالفارق بينه وبين الخفى أن الخفاء فى الخفى ليس من ذات اللفظ ، ولكن من الاشتباه فى انطباق معناه على بعض الأفراد ، أما الخفاء فى المشكل فمن ذات اللفظ .

وقد ينشأ الإشكال فى النص من لفظ مشترك فيه ، وهو اللفظ الذى وضع لأكثر من معنى وليس فى صيغته دلالة على معنى معين مما وضع له . فإن كان له معنى لغوى، وآخر اصطلاحى قانونى ، وجب حمله على معناه الاصطلاحى، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوى بأن وجد دليل يصرف اللفظ عن معناه القانونى : مثل ذلك لفظ الوفاء ، ولفظ التسجيل ، ولفظ القيد ، فهذه ألفاظ لها فى النصوص القانونية معان اصطلاحية . كذلك لفظ الزنا ، فهذا اللفظ يراد به فى اللغه كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة بغير زواج شرعى صحيح ، ويراد به فى الاصطلاح القانونى العلاقه التى يكون أحد طرفيها متزوجا، ومن ثم يؤخذ بمعناه الاصطلاحى إلا إذا قام الدليل على أن المقصود به هو المعنى اللغوى . وتطبيقا لذلك يفهم الزنا بمعناه الاصطلاحى فى خصوص جريمة الزنا المنصوص عليها فى المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٧ عقوبات ، ويفهم بمعناه اللغوى فى خصوص إرث ولد الزنا المنصوص عليه فى المادة ٤٧ من قانون المواريث .

وإذا كان اللفظ مشتركا بين أكثر من معنى لغوى ، وليس له معنى اصطلاحى، وجب الاجتهاد فى التفسير لتحديد المعنى المراد منه، وذلك بالرجوع إلى أمارات تكشف عن هذا المعنى ولا سيما حكمة التشريع ومقصد الشارع : مثل ذلك أن قانون العقوبات يعتبر الليل طرفا مشددا لعقوبة السرقة التى ترتكب ليلا: فثار التساؤل عما إذا كان معنى الليل فى هذا الصدد هو الفترة بين غروب الشمس وشروقها ، أم هو الفترة التى يخيم فيها الظلام . فذهب رأى إلى أن المقصود هو المعنى الأول ، بينما ذهب رأى آخر إلى

---

(١) نقض جنائى فى ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ج٢ ص ٢٩٨ رقم ٢٤٤ .

أن المقصود هو المعنى الثانى ، وذلك استنادا إلى حكمة التشريع ، وهى أن الليل يجعل السرقة أشد خطرا نظرا إلى أنه ظرف يسهل للسارق ارتكاب الجريمة ويجعل من الصعب على المجنى عليه أن يحمى نفسه .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، حيث يكون كل منها على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه، ولكن الجمع بينها يكشف عن تعارض ؛ وحينئذ يجب أن تؤول هذه النصوص تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، وذلك فى ضوء النصوص الأخرى وحكمة التشريع والقواعد العامة وغير ذلك من الأمارات ؛ فإذا تعذر التوفيق تعين إهدار أحد النصين وإعمال الآخر على هدى ماتؤدى إليه طرق التفسير . والفرض فى كل هذا أن يكون التعارض بين نصوص تشريع واحد ؛ فإن كان العارض بين نصوص تشريعات مختلفة تتساوى فى القوة ، فإن اللاحق منها يلغى السابق ؛ وإذا كان التعارض بين تشريعات تختلف فى الدرجة ، فإن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى(١) ، فإن كان التشريع الأعلى هو الأسبق فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى غير صحيحة وللمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها ، وإن كان التشريع الأعلى لاحقا فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى ملغية ؛

(٣) المجمل : هو اللفظ الذى ينطوى فى معناه على عدة أحوال جمعت فيه ولا يمكن معرفتها إلا بمبين ، فهو لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا يقترن بأمارات توصل إلى فهم هذا المراد. فمثل هذا اللفظ لا سبيل إلى بيان المراد منه إلا بتفسير يصدر من الشارع : فإذا صدر من الشارع بيان واف صار المجمل واضح الدلالة لا يحتمل التأويل ؛ وإذا صدر من الشارع بيان غير واف صار المجمل مشكلا وفتح الباب للبحث والاجتهاد لإزالة إشكاله ؛

مثل ذلك عبارة الأحوال الشخصية التى كانت واردة فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ؛ فقد كان المقصود بها وتحديد مايدخل فيها من مسائل محل خلاف فى الفقه والقضاء . ثم فصلها الشارع فى المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٤ وما بعدها .

المختلطة الملحق نصها باتفاق مونترو . ولما ألغيت المحاكم المختلطة نص قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) على هذا التفصيل فى المادتين ١٣و١٤ منه .

٢٠١ — ثالثا : النص المعيب :

النص المعيب هو الذى ينطوى على خطأ مادى أو قانونى . فإذا وجد مثل هذا العيب أو ذاك وجب تصحيحه على هدى القواعد العامة فى القانون وغير ذلك من الأمارات التى يستعان بها فى التفسير .

ويتحقق الخطأ المادى إما بإحلال لفظ فى النص محل آخر ، أو باغفال لفظ كان يجب ذكره .

ومن أمثلة الخطأ المادى بإحلال لفظ فى النص محل آخر ماورد فى المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدنى التى تنص على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قداداها ولا منفعة مشروعة » . فهذا النص مأخوذ من المادة ١٢٥ من التقنين القديم المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، وقد حصل تحريف لفظى فى نقل لفظ « منفعة » الوارد فى نهاية هذا النص ، إذ أن الصحيح هو لفظ « نفقة » طبقا للأصل الذى أخذ منه حتى يستقيم المعنى .

ومن أمثلة الخطأ المادى باغفال لفظ كان يجب ذكره ما ورد فى المادة ١/٦٧٦ من التقنين المدنى التى تنص على أن « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة مابين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء ... » . فلم يقصد الشارع فى هذا النص أن يكون الممثلون التجاريون جوابين ، بل قصد سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين . ولكن سقط سهوا حرف الواو بين كلمتى التجاريين والجوابين ، وقد كان مشروع النص خاليا من هذا الخطأ .

والمقصود بالخطأ القانونى فى هذا المقام الخطأ الواضح غير المقصود الذى تدل

عليه القواعد العامة ، بحيث لايوجد أدنى شك فى وجوب تصحيحه : مثل ذلك ماورد فى المادة ١٠٨٨ من التقنين المدنى التى تقضى على أنه « لا يجوز أخذ حق اختصاص إلاعلى عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلنى » . إذ أن تملك المدين للعقار فى حكم هذا النص شرط لازم لاخذ حق اختصاص على هذا العقار ، فلا يعقل أن يطلب توافر هذا الشرط فى وقت لاحق لأخذ الحق وهو وقت القيد ، ومن ثم يكون المقصود هو اشتراط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

المطلب الثانى

دلالة فحوى النص

٢٠٢ — المقصود بفحوى النص :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » .

والمقصود بفحوى النص فى حكم هذه المادة كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أى ألفاظه (١) . فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق إشارته أو دلالته أو اقتضائه . ونتناول هذه الطرق الثلاثة :

٢٠٣ — أولا : إشارة النص :

المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذى لايتبادر فهمه من ألفاظه ولايقصد من سياقه ، ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه ، فهو مدلول اللفظ بطريق اللزوم : أى أنه معنى لايستفاد من العبارة ذاتها ، ولكنه يجىء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة .

---

(١) يطلق علماء أصول الفقه الإسلامى فحوى الخطاب على الحكم الذى يؤخذ من النص بطريق الدلالة . ولكن فحوى النص فى حكم المادة الأولى من التقنين المدنى لايقتصر على ذلك ، بل يقصد به كل مايتناوله النص من غير طريق العبارة كما قلنا .

مثل ذلك أن المادة ١٠٣٣ / ١ من التقنين المدنى تنص على أنه «إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية..» ، فهذا النص يتناول رهن ملك الغير ، فيدل بعبارته على أن اقرار المالك يصحح عقد الرهن ، ويدل باشارته على أن هذا العقد يعتبر قائما وليس باطلا بطلانا مطلقا ، لأن الإقرار لا يرد على عقد باطل .

ويجب التدقيق فى الاستدلال بطريق الإشارة ، بحيث يقتصر على ما يكون لازما لمعنى من معانى النص لزوما حتميا ، لأن هذا هو الذى يكون النص دالا عليه . فلا يصح تحميل النص معانى بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه .

٢٠٤ — ثانيا : دلالة النص :

يرى جمهور علماء أصول الفقه الإسلامى أن دلالة النص هى ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه . وهذه المساواة أو الأولوية تتبادر إلى الفهم بمجرد فهم اللغه من غير حاجة إلى اجتهاد أو قياس ، ولذلك يسمى بعضهم دلالة النص بالقياس الجلى .

وعلى هذا الأساس يفرق جمهور هؤلاء الفقهاء بين دلالة النص بهذا المعنى والقياس ، باعتبار أن مساواة المقيس للمقيس عليه لا تفهم بمجرد فهم اللغة بل لا بد من اجتهاد فى استنباط العلة فى حكم المقيس عليه وفى معرفة تحققها فى المقيس .

كما يرى هؤلاء أن القياس فى الشريعة الإسلامية يعتبر مصدرا رسميا للقواعد العملية . فهو بهذا يتميز عن دلالة النص بالمعنى المذكور باعتبارها من طرق الدلالة .

ولكننا لا نعتقد أن القياس مصدر رسمى مستقل للقاعدة القانونية . فهو لا يعدو أن يكون طريقا من طرق الدلالة أو التفسير لمعرفة العلة فى حكم الحالة المنصوص عليها أو إعطاء هذا الحكم لحالة أخرى تشترك معها فى العلة . ولا وجه لأن نفرق بين قياس يظهر فيه الاشتراك فى العلة بمجرد فهم اللغة وقياس لا يعرف فيه هذا الاشتراك إلا بالاجتهاد والاستنباط ، فجوهر الاستدلال واحد فى الحالين ، وهو التحقق من أن الحالة المسكوت عنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها فى علة الحكم .

بعد أن وضح هذا نتناول دلالة النص بمعناها الكامل ، حيث تشمل مفهوم النص سواء كان موافقا أو مخالفا .

فالمراد بما يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفيد ثبوت حكم الواقعة المنصوص عليها لواقعة أخرى غير منصوص عليها لاشتراك الواقعتين فى علة الحكم ، وثبوت نقيض هذا الحكم لواقعة أخرى غير منصوص عليها لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم :

ذلك أن مفهوم النص وفقا لهـــذه الدلالة إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفة :

٢٠٥ - (١) مفهوم الموافقة :

يراد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه : فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة معينة لعلة بنى عليها هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فى علة الحكم أو هى أولى منها لـكون العلة أكثر توافرا فيها ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة غير المنصوص عليها .

ويتضح من هذا أن قياس الواقعة المسكوت عنها على الواقعة المنصوص عليها إما أن يكون على أساس مساواتهما فى علة الحكم ، أو على أساس كون الواقعة المسكوت عنها أولى باثبات الحكم لها لأن العلة فيها أظهر : فهناك إذاً نوعان من القياس نعرض لها ، ثم نشير إلى حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

١ - القياس العادى : وهو عبارة عن إعطاء واقعة لا نص على حكمها الحكم الذى ورد به النص فى واقعة أخرى لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم : إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته .

مثل ذلك أن المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » . ففى هذا النص جعل الشارع الورقة العرفية حجة على المتعاقد إذا لم ينكر ماهو منسوب

إليه فيها من خط أو إمضاء . وعلة ذلك الحكم أن عدم الإنكار فى هذه الحالة يدل على صدور الورقة من المتعاقدين. ولكن الشارع لم يتعرض لحجية الورقةالعرفية التى تحمل ختم المتعاقد أو بصمته ، فأمكن قياس هذه الحالة على الحالة المنصوص عليها لاتحاد العلة ، إذ أن عدم إنكار المتعاقد للختم أو البصمة المنسوبة إليه يدل كذلك على صدور الورقة منه فتكون حجة عليه . وقد نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدنى الحالى على هذه الصور جميعها للتوقيع .

ومثل ذلك أيضا أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ينص على أنه « لا يرث القاتل » . فنى هذا النص ورد حكم واقعة قتل الوارث مورثه ، وهو منع القاتل من الإرث ، لعلة هى أن قتله فيه استعجال للشىء قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بحرمانه . ولم يرد مثل هذا النص فى خصوص قتل الموصى له للموصى ؛ فأمكن أن يقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له ، لأن العلة ذاتها متوافره فيه . وقد نص الشارع الوضعى على الحكم فى الحالتين ، حيث تناول واقعة قتل الوارث مورثه فى قانون المواريث (م ٥) وتناول واقعة قتل الموصى له للموصى فى قانون الوصية (م ١٧) .

٢ — القياس من باب أولى : وهو عبارة عن إعطاء واقعه لانص على حكمها الحكم الذى ورد به النص فى واقعة أخرى لأن علة هذا الحكم أكثر توافرا فى الأولى فيثبت لها الحكم من باب أولى .

مثل ذلك أن المادة ٢٣٧ من تقنين العقوبات تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة فى المادتين ٢٣٤ و٢٣٦ » . فنى هذا النص يخفف الشارع عقوبة الزوج القاتل من عقوبة الجناية إلى عقوبة الجنحة . فلو أن الزوج لم يقتل ، ولكنه ضرب زوجته هى ومن يزنى بها فاحدث عاهة مستديمة هى فى الأصل جناية ، فإنه يمكن قياس العاهة على القتل فتخفف عقوبتها إلى عقوبة الجنحة لأنها أولى من القتل بالتخفيف .

ومثل ذلك أيضا أن المادة ٢٧٤ من تقنين العقوبات تنص على أن « المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف

تنفيذ هذا الحكم برضائه معا شرتها له كما كانت » . فإذا كان للزوج بمقتضى هذا النص أن يقف تنفيذ الحكم بعد صدوره على زوجته ، فإن له من باب أولى أن يطلب وقف سير إجراءات الدعوى ضدها قبل صدور الحكم عليها .

٣ — حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

هناك حالات لا يصح الالتجاء فيها إلى القياس بنوعيه هذين كطريق للدلالة ، وهي الحالات التي تقضي فيها طبيعة القاعدة القانونية بعدم مد الحكم الوارد في النص إلى غير الواقعة المنصوص عليها رغم كونها مساوية لها في العلة أو حتى أولى منها . ويعبر الفقه عادة عن ذلك بقوله إن القياس توسع في التفسير لا يلتجأ اليه في الحالات التي يجب أن يكون التفسير فيها ضيقا . والحقيقة في نظرنا أن امتناع الأخذ بالقياس في هذه الحالات ليس مرده إلى أن القياس توسع في التفسير ، فقد قلنا إن كل ما يفهم من النص من المعاني بأي طريق من طرق الدلالة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وهذا أمر تقرره بوضوح المادة الأولى من التقنين المدني في فقرتها الأولى كما قدمنا (١) ، إنما يرجع امتناع الأخذ بالقياس في هذه الحالات إلى طبيعة القاعدة القانونية ذاتها : وأهم هذه الحالات اثنتان :

الحالة الأولى هي القوانين الجنائية حينما يكون القياس في غير صالح المتهم : فثمة قاعدة أساسية سبق أن عرضنا لها ، وهي التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد (٢) . ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا ورد في النص فعل معين يعتبره الشارع جريمة ويقرر له عقوبة ، ثم وجد فعل آخر مساو له في علة الحكم أو هو أولى منه ، فلا يجوز مع ذلك إعطاء الفعل الآخر الحكم المنصوص عليه باعتباره جريمة أو تقرير عقوبة له مادام ذلك في غير صالح المتهم : حيث لا يصح الاستدلال في هذا النطاق بمفهوم النص ، بل يتعين أن تكون الدلالة في خصوص الجرائم والعقوبات هي دلالة منطوق النص أي عبارته ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بحريات الأفراد .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٩٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

ويلاحظ فى هذه الحالة ماقلناه من أن امتناع القياس إنما يكون حيث يضر بمصلحة المتهم ، فإذا كان القياس فى صالح المتهم جاز الالتجاء إليه وفقا للقواعد العامة فى التفسير ، وقد رأينا مثلين لذلك فيما ذكرناه الآن .

الحالة الثانية فى غير المواد الجنائية حينما يكون الحكم الوارد فى النص حكما استثنائيا خرج فيه الشارع على القواعد العامة . إذ أن طبيعة الحكم الاستثنائى تفيد أن الشارع أراد أن يقصره على الواقعة المذكورة فى النص ، ولذلك خص هذه الواقعة بالذكر وأفرد لها ذلك الحكم الاستثنائى وترك ماعداها للقاعدة العامة .

٢٠٦ — (٢) مفهوم المخالفة :

يراد بمفهوم المخالفة ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم . فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة مقيدة بقيد ، ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن ينتفى فيها هذا القيد ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى .

مثل ذلك أن المادة ٩٣ فقرة أولى من التقنين المدنى تنص على أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد » . فهذا النص يدل بعبارته على حكم الإيجاب الذى عين فيه ميعاد للقبول ، حيث يكون هذا الإيجاب ملزما أثناء مدة الميعاد ، فلا يجوز للموجب أن يعدل عنه خلال هذه المدة . ويدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجاب الذى ينتفى فيه القيد المنصوص عليه ، وهو الإيجاب الذى لم يعين فيه ميعاد للقبول ، لا يكون ملزما ، فيجوز للموجب أن يعدل عنه فى أى وقت قبل صدور القبول .

ومثل ذلك أن المادة ٦٠٤ من التقنين المدنى تنص على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » . حيث يدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجار يكون نافذا فى حق من انتقلت إليه الملكية إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية .

على أنه يجب الاحتياط والحذر فى الاستدلال بمفهوم المخالفة ، فلا يلتجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على نقيض حكمه فى الحالة المسكوت عنها قوية جدا ، وذلك نظرا إلى ما ينطوى عليه هذا الطريق من خطورة قد تؤدى إلى الخطأ . فقد يكون المقصود من النص هو إثبات الحكم المنصوص عليه للحالة الواردة فيه على سبيل التمثيل أو حسما لما يحتمل أو يثور فى شأنها من خلاف ، دون أن يكون فى ذلك ما يدل على ثبوت نقيض هذا الحكم لحالة أخرى ينتفى فيها القيد المذكور فى النص أو يقترن بها قيد آخر . مثل ذلك أن المادة ٤٢١ / ٢ من التقنين المدنى تنص على أنه « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ... » : فلا يصح أن يفهم من هذا أن البيع بشرط آخر يكون بيعاباتا .

٢٠٧ – ثالثا : اقتضاء النص :

المراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذى لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه . فدلالة الاقتضاء هى دلالة النص على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره ، أى دلالته على أمر يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته .

مثل ذلك ما يدل عليه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... » : فهذا النص يدل اقتضاء على مقدر محذوف ، حيث يجب أن يفهم على معنى « حرم عليكم زواج أمهاتكم وبناتكم » ، لأن إسناد التحريم إلى ذات الأمهات والبنات لا يستقيم ، فصحة الإسناد تقتضى هذا المقدر .

٢٠٨ – تدرج الدلالات فى القوة :

اتضح لنا مما تقدم أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالته أو اقتضاءه . وكل معنى يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربع يكون من مدلولات النص ويجب العمل به :

وتتدرج الدلالات المستفادة من هذه الطرق فى القوة . ويظهر أثر ذلك عند

التعارض . فدلالة العبارة أقواها ، ويليها دلالة الإشارة ، ثم دلالة النص ، وأخيرا دلالة الاقتضاء :

فدلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة ، لأن الأولى تفيد معنى يتبادر فهمه من ألفاظ النص ويكون هو المقصود من سياقه ، أما الثانية فتفيد معنى لا يتبادر فهمه من الألفاظ ولا يقصد من السياق ولكنه لازم للمعنى المتبادر من الالفاظ ؛ وكل من هاتين الدلالتين أقوى من دلالة النص ، سواء كان مفهوم النص هو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة ، لأن كلا منهما مدلول النص بصيغته وألفاظه ، أما دلالة النص فمدلول النص بمفهومه ومعقوله ؛ وكل من هذه الدلالات الثلاث اقوى من دلالة الاقتضاء ، لأن كلا منها مدلول النص بحالته ، أما دلالة الاقتضاء فتنطوى على تصحيح النص بإضافة مايكفل صدقه واستقامة معناه ؛ ولهذا التفاوت يرجح عند التعارض المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة ، ويرجح المفهوم من أيهما على المفهوم من الدلالة ، ويرجح المفهوم من أى من هذه الدلالات الثلاث على المفهوم من الاقتضاء ؛

القسم الثاني

نظرية الحق

٢٠٩ — تقسيم :

تقتضى دراستنا لنظرية الحق أن نبدأ بالتعريف بالحق من حيث مدلوله وتحليله وبيان أنواعه . ثم نتبين بعد ذلك العناصر أو الأركان التى يقوم عليها الحق . ثم نعرض للمصادر التى بواسطتها يكسب الحق ، وهذا يدعونا إلى الكلام كذلك فى آثار الحق وأوصافه وانتقاله وانقضائه وإثباته . وأخيراً نتكلم فى استعمال الحق كى تتعرف الحدود التى يمارس فى نطاقها :

ومن هذا نقسم كلامنا فى تلك النظرية إلى أبواب خمسة :

الباب الأول : التعريف بالحق

الباب الثانى : أنواع الحقوق

الباب الثالث : أركان الحق

الباب الرابع : مصادر الحق وما يتصل بها .

الباب الخامس : استعمال الحق

الباب الأول

التعريف بالحق

٢١٠ – مذاهب مختلفة فى تعريف الحق :

اختلفت آراء الفقهاء فى تعريف الحق اختلافا كبيرا حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة فى هذا الشأن . ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الجوهرى فى الحق(١) .

(١) فمن الفقهاء من عرف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون

---

(١) هناك قلة من الفقهاء ينكرون فكرة الحق . وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسى الكبير ديجى Duguit . فهو ينكر وجود الحق مستقلا بذاته عن مصدره ، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة إرادية ، وهذا يستتبع أن يكون لإرادة ما الغلبة والسيطرة على أخرى ، وهو ما يخالف الواقع لأن الارادات كلها متساوية . فالحقيقة فى نظره أن مايسمى بالحق ليس إلا مركزا قانونيا situation juridiqne خاصا يضع القانون فيه الشخص دون أن يكون لارادته دخل فى ذلك . فهو يستبدل بالحق « المركز القانونى الإيجابى » ، ويستبدل بالواجب « المركز القانونى السلبى » . وميزة هذا التصور عنده أن صاحب المركز القانونى لايبدو أنه فى مركز أعلى أو أدنى من غيره .

ويلاحظ على هذا النظر أن تصوير صاحبه لفكرة الحق تصوير غير صحيح لم يقل به أحد . فحتى الذين يعرفون الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية لايفكرون مطلقا فى أن تكون لارادة صاحب الحق الغلبة أو السيطرة على إرادة أخرى بحيث تكون لها سلطة إخضاعها، إذ أن الإرادات الفردية كلها متساوية فى جوهرها . هذا إلى أن صاحب ذلك الرأى لا يجادل فى الأحكام القانونية التى تترتب على الحق ، وإنما هو ينكر تصورا معينا لفكرة الحق لم يقل به أحد غيره . وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين جمهور الفقه فى المفاضلة بين اصطلاح المركز القانونى الايجابى واصطلاح الحق .

هذا لم يقدر لهذه النظرة أن تؤثر على فكره الحق التى تعتبر مبدأ تقليديا ومسلما فى فقه القانون ،

الشخص. وقد عرف هذا المذهب بالمذهب الشخصى على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى شخص صاحبه، فيكون الجوهرى فيه مالدى هذا الشخص من قدرة إرادية يعترف بها القانون للقيام بأعمال معينة فى نطاق معلوم . إذ أن القانون فى تنظيمه لعلاقات الأفراد إنما يرسم لكل شخص نطاقا محددا تعمل فيه إرادته ، وفى هذا النطاق يوجد الحق : وأشهر من قال بهذا المذهب الفقيهان الألمانيان ويندشايد Windscheid وسافينى Savigny :

ويلاحظ على هذا المذهب أنه يخلط بين مايجب توافره لثبوت الحق وما يلزم غالبا لمباشرته : فمن المسلم أن لعديمى الإرادة حقوقا ، كالصبى غير المميز والمجنون ، إذ أن كلا منهما فاقد الإرادة ، ومع ذلك فإن لكل منهما حقوقا يعترف بها القانون. وقد قيل فى الرد على هذا النقد إن القانون يتكفل فى هذه الحالة بتعويض النقص الموجود فى الإرادة فيخول الولى أو الوصى أو القيم ، ممن تتوفر لديهم القدرة الإرادية ، سلطة القيام بما يمتنع على صاحب الحق أن يقوم به . فيعمل النائب من هؤلاء باسم الأصيل ؛ بحيث تنصرف آثار عمله إلى شخص صاحب الحق . لكن يؤخذ على هذا الرد أن الحق فى هذه الحالة إنما يثبت للأصيل ، وقد لايكون له نائب دون أن يقدح ذلك فى ثبوت الحق له ، فالقدرة الإرادية تطلب فى الغالب لمباشرة الحق ؛ وليس لثبوته ، إذ ليست هى جوهر الحق . وهناك صور لاتقتضى مباشرة الحق فيها توافر الإرادة . فالمجنون وهو عديم الإرادة قانونا ، إنما يباشر حقه فى الملكية إذا سكن المنزل المملوك له .

(٢) وعلى أساس هذا النقد ظهر مذهب آخر يعرف فيه الحق بأنه مصلحة يحميها القانون . وقد عرف هذا المذهب بالمذهب الموضوعى على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى موضوعه ، فيكون الجوهرى فيه هو المصلحة المقصودة منه . وصاحب هذا المذهب هو الفقيه الألمانى إهرنج Ihering . حيث لاحظ على النظرية الشخصية ماقلناه من أن الحق يثبت لعديمى الإرادة كالصبى غير المميز والمجنون ، وذلك على الرغم من قيام الولى أو الوصى أو القيم بمباشرة الحق ، إذ أن المصلحة المقصودة من تقرير الحق هى مصلحة الصبى أو المجنون . فصاحب الحق هو من يدعى المصلحة أو المنفعة المقصودة من ورائه ، ومن هذا ينتهى إهرنج إلى أن جوهر الحق هو المصلحة ، ثم

يضيف إلى هذا العنصر الجوهرى عنصرا شكليا هو حماية القانون ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون .

ويؤخذ على هذا المذهب أن المنفعة أو المصلحة التى يراد تحقيقها من وراء تقرير الحق ليست هى جوهر الحق ، وإنما هى الغاية أو الهدف المقصود منه . ولايكفى فى تعريف الحق أن يقتصر على بيان الهدف منه ، بل يجب أن يشتمل على تحديد لجوهره. فليست المزايا المقصودة من تقرير حق الشخص فى الحرية هى الحق ذاته ، وليست المنافع المادية التى يمكن للمالك أن يحصل عليها من الشىء المملوك له هو حق الملكية ذاته . وليست الفائدة التى يحصل عليها الدائن من الأداء الذى يلتزم به المدين هى حق الدائنية ذاته .

(٣) وقد عمد فريق من الفقهاء فى تعريف الحق إلى الجمع بين فكرتى القدرة الإرادية والمصلحة ، ولذلك أطلق على هذا الرأى المذهب المختلط . غير أنهم اختلفوا فى تغليب أحد العنصرين على الآخر . حيث يغلب البعض منهم دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه قدرة إرادية يعترف بها القانون للشخص ويكفل حمايتها فى سبيل تحقيق مصلحة معينة. بينما يغلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون بتخويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة .

وإذا كان قد تبين من مناقشة المذهبين السابقين أن جوهر الحق ليس هو القدرة الإرادية ، وليس هو المصلحة المقصودة من الحق ، فإن الجمع بين هذين العنصرين يعيبه أنه لايتضمن تحديدا لجوهر الحق ، شأنه فى ذلك شأن المذهبين السابقين .

(٤) وفى ضوء هذه الملاحظات على المذاهب الثلاثة السابقة ظهر رأى حديث يقول به الفقيه البلجيكى دابان Dabin ، فهو يعرف الحق بأنه ميزة يخولها القانون الشخص ويضمنها بوسائله ، بمقتضاها يتصرف فى قيمة معترف بثبوتها له ، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له . وقد انتهى إلى هذا التعريف على أساس تحليل الحق إلى عناصر أربعة :

فأول هذه العناصر وأهمها هو ثبوت appartenance قيمة لشخص يقرره

القانون . وهذا الثبوت ليس مرتبطا بالانتفاع ،فقد يكون الحق لشخص ويخول الانتفاع لشخص آخر ، كما هى الحال بالنسبة إلى الملكية المحملة بتكليف أو قيد يجعل الانتفاع قانونا لشخص آخر ، ولذلك فإن الحق ليس هو المصلحة بمعنى الانتفاع كما ذهب اهرنج .

والعنصر الثانى هو التسلط maitrise . وهذا هو الوجه الآخر للحق على اعتبار أن ثبوت القيمة للشخص هو الوجه الأول . وهذان الوجهان متلازمان ، لأن ثبوت القيمة للشخص يؤدى حتما إلى التسلط . ويحدد دابان معنى التسلط بأنه القدرة على التصرف بحرية فى الشئ موضوع الحق . ولا يراد بالتصرف هنا مباشرة الحق ، فالولى أو الوصى يباشر حق الصغير ولكنه لا يتصرف فيه . ويختلف مدى القدرة على التصرف باختلاف الحق . فمثلا فى حق الملكية على شيء مادى تكون هذه القدرة كاملة ، حيث يستطيع المالك أن يأتى أى عمل من أعمال الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف المادى أو القانونى ، كما يستطيع أن يترك الشيء دون استعمال أو استغلال . وفى حق الدائنية تكون هذه القدرة وسطا ، إذ يكون للدائن أن يطالب بحقه أو لا يطالب ، كما يكون له أن ينزل عن حقه أو يحوله إلى شخص آخر ، ولكن ليس له المساس بشخص المدين . وفى الحقوق التى يكون محلها الإنسان نفسه تكون هذه القدرة فى أضيق الحدود ، ففى حق الحياة مثلا يكون تصرف الشخص قاصرا على المحافظة على حياته . ويتحقق التسلط بهذا المعنى ولو وجد مانع مادى يحول دون التصرف، فالمجنون والصبى غير المميز يتوفر لهما التسلط بالرغم من أنهما لا يستطيعان التصرف فعلا .

ويرى دابان أن هذين العنصرين يكونان الحق فى مواجهة صاحبه، أما فى مواجهة الغير فيجب أن يتوافر عنصر ثالث لقيام الحق ، هو وجوب احترام الناس جميعا للحق واستطاعة صاحب الحق أن يقتضى هذا الاحترام . إذ أن الحق يفترض تعدد الأشخاص ، فإلى جانب العلاقة التى تقوم بين صاحب الحق وموضوعه بناء على ثبوت الحق لصاحبه يوجد كذلك علاقة أخرى بين صاحب الحق وغيره من الناس على أساس هذا الثبوت بحيث يتوفر الاحترام اللازم للحق على النحو المذكور .

أما العنصر الرابع فهو الحماية القانونية ، حيث يرى دابان أن الحق لا يوجد

فى نطاق القانون الوضعى إلا بتوفر هذه الحماية ، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضى احترام الغير لحقه .

٢١١ – تعريف الحق :

ننتهى فى ضوء ماتقدم إلى تعريف الحق بأنه ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهـذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية .

ويراعى أننا لم نقتصر فى هذا التعريف على بيان جوهر الحق ، بل أضفنا مايعتبر من مقتضياته ، وكذلك الغاية من تقريره .

فجوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون . بمعنى أن هـذا الثبوت الذى يعترف به القانون للشخص يعتبر العنصر الأساسى الذى يقوم عليه الحق. ولا يقتصر المراد بالقيمة هنا على ماله قيمة مالية ، بل يشمل كذلك ماله قيمة أدبية أو معنوية لاتقدر بالمال . فقد تـكون القيمة التى يعترف بها القانون للشخص مما لايقدر بالمال. فحق الشخص فى الحياة وحقه فى الحرية وحقه فى أن يشترك فى حكم بلده وحقه فى أن ينسب إليه نتاج ذهنه العلمى أو الأدبى أو الفنى ، كل هذه حقوق ترد على قيم أدبية أو معنوية لاتقدر بالمال ، وقد تـكون القيمة مالية . فحق الملكية يرد على شىء مادى معين يمكن تقويمه بالنقود ، وحق الدائنية يرد على عمل يلتزم المدين بأدائه للدائن ويمكن تقويمه بالنقود .

وسواء كانت القيمة مالية أو غير مالية فإن ثبوتها للشخص لايكون إلا بناء على اعتراف من القانون ، إذ ليس للشخص من حقوق إلا مايخوله إياه القانون . فالقانون هو مصدر كل الحقوق ، بحيث لايمكن أن ينشأ حق لايستند إلى قاعدة فى القانون .

وثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه أن يكون لهذا الشخص من السلطات مايمكنه من الحصول على المزايا التى ترجى من هذه القيمة . ويختلف مدى هـذه السلطات باختلاف مضمون الحق. فالحق فى حرية الرأى يقتضى أن يكون للشخص سلطة إعلان رأيه على الناس . وحق الانتخاب يتطلب أن يكون للشخص سلطة التصويت فى الانتخاب .

وحق الملكية يخول المالك سلطة استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه ؛ وحق الدائنية يخول الدائن سلطة مطالبة المدين بأداء ماالتزم به . وهذه السلطات يكفلها القانون لصاحب الحق ، حيث يمنحه من الحماية ما يستطيع به حمل الغير على احترام حقه بدفع كل اعتداء يقع عليه . فهذا أيضا هو مقتضى مايقرره القانون من ثبوت قيمة معينة للشخص ، حيث لاجدوى من حق لايقوم القانون على حمايته .

والقانون ، إذ يقرر ثبوت قيمة معينة للشخص ، إنما يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية . فقد رأينا أن وظيفة القانون هي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم والارتقاء . ولذلك فإن المصالح التي يراها الشارع جديرة بالرعاية ، ويحرص بالتالي على تحقيقها ، هي تلك التي تتفق مع المصلحة العامة للجماعة .

الباب الثانى

أنواع الحقوق

٢١٢ - تقسيمات الحقوق :

تتعدد أنواع الحقوق على نحو يؤدى إلى تعدد تقسيماتها . فهناك تقسيمات متعددة تقوم على التمييز بين طوائف مختلفة من الحقوق تنفرد كل طائفة منها بخصائص معينة .

فالحقوق تنقسم أولا إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية . وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية . وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية .

وفى ضوء هذه التقسيمات نتكلم بإيجاز فى الحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، وحقوق الأسرة ، ثم نفصل الكلام فى الحقوق المالية .

الفصل الأول

الحقوق السياسية

٢١٣ - التعريف بالحقوق السياسية والتمييز بينها وبين الحقوق المدنية :

تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية .

فالحقوق السياسية droits politiques هى تلك التى تتقرر للشخص لتمكينه من أن يساهم فى إدارة شئون بلده . فهى تثبت للشخص باعتباره عضوا فى دولة سياسية . ومن أمثلتها حق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولى الوظائف العامة .

وإلى جانب ماتنطوى عليه هذه الحقوق من ميزات لصاحبها ، فإنها تتضمن كذلك معنى الواجب الذى يفرض على الشخص ألا يقعد عن المشاركة فى إدارة شئون بلده . وقد نوهت المادة ٢١ من الدستور بهـذا المعنى فيما يتعلق بالوظائف العامة فقالت إن « الوظائف العامة تكليف للقائمين بها » . وهذا الطابع الخاص لتلك الحقوق جعلها تستأثر بمميزين :

الأول : أن الأصل فيها أن تكون قاصرة على الوطنيين ، إذ لايساهم فى حكم الدولة إلا من ينتمى إليها بجنسيته ، ولكن يجوز استثناء من هـذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب .

والثانى : أنها لاتثبت لجميع الوطنيين ، وإنما لمن تتوفر فيهم شروط خاصة ينص عليها القانون . فمثلا من شروط الترشيح لعضوية مجلس الأمة ماتنص عليه المادة ٥٠ من الدستور من أنه « يجب ألا تقل سن عضو مجلس الأمة يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية » . ومن شروط تولى الوزارة ماتنص عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أنه « يشترط فيمن يعين وزيرا ، أن يكون مصريا ، بالغا من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل ، وأن يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية والسياسية » .

أما الحقوق المدنية droits civils فهى الحقوق المقررة لحماية الشخص فى كيانه وحريته ولتمكينه من مزاولة نشاطه ، كحق الشخص فى الحياة وحريته فى العقيدة وحريته فى التعاقد . وهذه الحقوق تكون للشخص بحكم وجوده . فهى بذلك تختلف عن الحقوق السياسية فى أن الأصل فيها أن تثبت لكل شخص وفى أنها ضرورية لكل شخص . فالإنسان يمكنه أن يعيش دون أن يعطى صوته فى الانتخاب أو أن يرشح نفسه لعضوية المجلس النيابى أو أن يتولى وظيفة عامة ، ولكن لا يمكنه ذلك إذا فقد حريته أو لم يكن فى استطاعته أن يبيع وأن يشترى .

الفصل الثانى

الحقوق العامة

أو حقوق الشخصية

٢١٤ – التعريف بالحقوق العامة أو حقوق الشخصية :

تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة :

فالحقوق العامة droits publics أو حقوق الشخصية droits de la personalité هى مجموعة القيم التى تثبت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته . فهى بهذه المثابة الحقوق التى تكفل للشخص حماية شخصيته فى مظاهرها المختلفة ، كحق الشخص فى الحياة وحقه فى الحرية وحقه فى أن ينسب إليه نتاج ذهنه العلمى أو الأدبى أو الفنى .

وقد سميت هذه الحقوق بالحقوق العامة لكونها تثبت للناس كافة ، فلا يختص بها شخص دون غيره . وسميت بحقوق الشخصية لأنها تعتبر فى حقيقتها مجموعة القيم التى بها يتوافر الإنسان على مقومات شخصيته ، إذ هى تهدف إلى حماية الشخصية فى عناصرها المختلفة . كذلك سميت بالحقوق الطبيعية droits naturels أو بحقوق الإنسان droits de l' homme لكونها حقوق تفرضها الطبيعة البشرية ويقررها القانون الطبيعى ، بحيث تثبت للشخص بحكم كونه إنسانا .

وقد كان فلاسفة القرن الثامن عشر هم أول من سمى هذه الحقوق بحقوق الإنسان أو بالحقوق الطبيعية ، طبقا لنظرية العقد الاجتماعى التى يرون بها أن أساس الدولة هو الاتفاق الذى قبل الإنسان بمقتضاه أن ينزل عن جزء من حقوقه الطبيعية ، كى يتيسر له أن يعيش إلى جانب غيره فى الجماعة ، وبذلك لا يكون للسلطان حق المساس بما بقى للإنسان من هذه الحقوق الطبيعية . ولئن كانت هذه النظرية مجرد نظرية فلسفية لاتستند إلى حقيقة تاريخية ، فإن هذا لايقدح فى أن تسمية هذه الحقوق بحقوق الإنسان تسمية

تنطق بطبيعة هذه الحقوق باعتبارها ملازمة للطبيعة البشرية . ولذلك عبر عنها الشارع في المادة ٥٠ من التقنين المدنى بأنها الحقوق الملازمة للشخصية . وأصبحت بهذه المثابة من الأفكار التى تجمع عليها الدول . حيث أصدرت هيئة الأمم المتحدة إعلانا دوليا لحقوق الإنسان فى سنة ١٩٤٨ (١) . ويتضمن هذا الإعلان حقوق الإنسان السياسية أو مايسمى بالديمقراطية السياسية ، وحقوق الإنسان الاقتصادية أو مايسمى بالديمقراطية الاجتماعية . ويقول ميثاقنا الوطنى : « إن الديمقراطية السياسية لايمكن أن تنفصل عن الديمقراطية الاجتماعية » . « إن الديمقراطية هى الحرية السياسية ، والاشتراكية هى الحرية الاجتماعية ، ولايمكن الفصل بين الاثنين ، إنهما جناحا الحرية الحقيقية ، وبدونهما ، أو بدون أى منهما ، لاتستطيع الحرية أن تحلق إلى آفاق الغد المرتقب »(٢).

٢١٥ - أنواع حقوق الشخصية :

ليست حقوق الشخصية سوى مجموعة القيم التى تكون شخصية الإنسان . وكلما تقدم المجتمع كلما زادت القيم التى يعترف بها القانون احتراما لشخصية الإنسان. ومن ثم فليس من اليسير حصر الحقوق التى تدخل فى هذا النطاق . غير أنه يمكن رد هذه الحقوق إلى طوائف ثلاث تمثل كل منها مظهرا من مظاهر الشخصية . فنى هذه الحقوق مايتعلق بالكيان المادى للشخص ، ومنها مايتعلق بكيانه الأدبى أو المعنوى ، ومنها مايتعلق بمزاولة نشاطه وهى الحريات الشخصية :

(١) الحقوق التى تتعلق بالكيان المادى للشخص: فأول مظهر لشخصية الإنسان

---

(١) كانت أول وثيقة فى هذا الخصوص هى وثيقة إعلان حقوق الإنسان التى تمخضت عنها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . وقد قررت هـذه الوثيقة حقوق الإنسان السياسية أو مايسمى « بالديمقراطية السياسية » . ثم أصدرت هيئة الأمم المتحدة فى سنة ١٩٤٨ وثيقة جديدة تسد ما كان فى مبادىء الثورة الفرنسية من نقص أو تتدارك ما أمكن الاتفاق عليه من هذا النقص فقررت حقوق الإنسان الاقتصادية أو ما يسمى « بالديمقراطية الاجتماعية » .

(٢) الباب الخامس من الميثاق .

هو كيانه المادى : ولذلك يثبت له من الحقوق مايكفل له حماية هذا الكيان ، كحقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسمه . حيث يقابل هذين الحقين واجب عام يقع على عاتق جميع الأشخاص الآخرين بعدم الاعتداء عليه . وقد تضمن قانون العقوبات مايعتبر جزاء على الإخلال بهذا الواجب ، كعقوبة القتل أو الضرب أو غير ذلك من ألوان الاعتداء على جسم الإنسان :

ويتفرع على ذلك أن الطبيب يمتنع عليه أن يجرى جراحة للمريض إلا بعد الحصول على إذنه أو إذن ذويه ، وذلك مالم تكن هناك ظروف تجعل الجراحة ضرورية وعاجلة بحيث يتعذر الحصول على هذا الأذن فى الوقت المناسب . كما يتفرع على ذلك أنه لايجوز اجبار انسان على الخضوع لفحص طبى أو علاج إلا فى الحالات التى يوجب القانون فيها اتخاذ مثل هذا الاجراء للوقاية ضد بعض الأمراض .

وإذا كان القانون يكفل للشخص حقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسمه فليس مؤدى ذلك أن يكون للشخص سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء : فالحق لايثبت للشخص إلا بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية لكونها تتفق مع الصالح العام للمجتمع : ولا شك فى أن إطلاق سلطة الشخص فى التصرف فى جسمه أمر يتعارض مع الصالح العام ، أذ أن سلامة الجسم هى التى تمكن الشخص من القيام بواجبه نحو المجتمع . ولذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع فى الانتحار ، كما يعاقب القانون على القتل ولو تم بناء على طلب المجنى عليه أو بموافقته .

وقد نصت المادة الخامسة من التقنين المدنى الإيطالى فى هذا الصدد على أنه لايجوز للشخص أن يتصرف فى جسمه تصرفا يؤدى إلى نقص دائم فى كيانه الجسدى أو يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب . ويؤيد الفقه المصرى الأخذ بهذه القاعدة ، لأنها تضع معيارا يتفق مع المبادىء العامة للتمييز بين التصرفات الجائزة والتصرفات غير الجائزة فى هذا الخصوص .

وعليه يقع باطلا كل تصرف يؤدى إلى نقص دائم فى كيان الشخص الجسدى ، كأن ينزل الشخص لغيره عن إحدى عينيه حال حياته ، حيث يرد النزول فى هذه الحالة على جزء غير متجدد من الجسم . ويلاحظ هنا أن التصرف لايكون باطلا إلا إذا

كان منجزا حال الحياة وواردا على جزء متصل بالجسم . فإذا كان التصرف مضافا إلى مابعد الموت ، كما لو أوصى الشخص بعينيه لبنك من بنوك العيون أو أوصى بجثته لمعهد أبحاث علمية ، فإنه يجوز . وإذا ورد التصرف على جزء من الجسم بعد انفصاله عنه ، فإن التصرف يجوز ، حيث لايعتبر التصرف فى هذه الحالة منصبا على الجسم ، بل يتناول شيئا يصح التعامل فيه .

أما إذا لم يكن التصرف مؤديا إلى نقص دائم فى الكيان الجسدى ، بأن كان واردا على جزء متجدد من الجسم ، فإنه يقع صحيحا ، كما فى عقد الرضاعة وعقد نقل الدم .

كذلك يقع باطلا كل تصرف يتعلق بجسم الإنسان ويكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، ولو لم يترتب علية نقص دائم فى الكيان الجسدى ، كالاتفاق على أن يعاشر رجل امرأة معاشرة غير شرعية ، إذ يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للآداب .

(٢) الحقوق التى تتعلق بالكيان الأدبى أو المعنوى للشخص : يعتبر الكيان الأدبى أو المعنوى للشخص من مظاهر شخصيته كذلك . فكما أن للشخصية مقوماتها المادية ، فلها كذلك مقوماتها الأدبية أو المعنوية ، بحيث يثبت للشخص من الحقوق مايكفل له حماية هذه المقومات . ومن أظهر هذه المقومات أن لكل شخص شرفه وأسراره وأفكاره وما يميزه عن غيره .

فللشخص الحق فى الشرف . وهو عبارة عن حق الشخص فى أن تحترم سمعته واعتباره . فإذا وقع من الغير خدش لسمعة الشخص واعتباره كان للمعتدى عليه أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . بل إن القانون فضلا عن ذلك يعتبر مثل هذا الخدش جريمة فى حق المجتمع ، حيث يعاقب قانون العقوبات على جرائم القذف والبلاغ الكاذب والسب (م ٣٠٢ — ٣٠٨ عقوبات) .

وللشخص الحق فى السرية : وهو حق الشخص فى أن تظل أسرار حياته الخاصة بعيدة عن العلانية واستطلاع الغير . ومن ثم يمتنع على الغير أن يفشى أسرار شخص دون إذنه . وتطبيقا لذلك يجب على من يطلع على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كالطبيب أو المحامى أو بحكم صلة القرابة كالزوج أن يمتنع عن إفشائها ، إلا فى الأحوال

التى يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك (١) . كما أن القانون يعتبر إفشاء أصحاب المهن للأسرار التى يؤتمنون عليها جريمة يعاقب عليها جنائيا (م٣١٠ عقوبات) . ومن الصور التى تدخل فى نطاق حق الشخص فى السرية حقه فى سرية رسائله واتصالات التليفونية ، فلا يجوز لأحد أن يطلع على خطاباته أو برقياته أو أن يستمع إلى محادثاته التليفونية .

وللشخص الحق على أفكاره ، وهو من قبيل الحقوق المعنوية . ويدخل فى نطاق هذا الحق حقوق المؤلفين والمخترعين ، وهى التى يقال لها الحقوق الذهنية ، حيث ترد على نتاج ذهنى ، فيكون لها ناحية أدبيه ترتبط بالشخص ارتباطا وثيقا ، وناحية أخرى مالية . غير أن هذه الحقوق تقوم أساسا على اعتبار الخلق الذهنى للمؤلف أو المخترع نابعا من شخصيته ، فهى بهذه المثابة حقوق أدبية تهدف إلى حماية الشخصية ، ولذلك تعتبر من حقوق الشخصية . وفى ضوء هذا الاعتبار فإن هذه الحقوق تخول صاحبها سلطة تقرير نشر نتاج ذهنه أو عدم نشره ، وتجعل له وحده الحق فى أن ينسب إليه هذا النتاج على الدوام ، وفى إدخال مايراه من تعديل أو تحوير فيه ، وفى سحبه من التداول بعد نشره . وسنعود إلى دراسة هذا النوع من الحقوق فيما بعد .

وللشخص الحق فى الاسم ، حتى يكون له مايميز شخصيته عن غيره . وسنعرض فيما يلى لدراسة هذا الحق .

(٣) الحريات الشخصية : تعتبر هذه الحريات من حقوق الشخصية ، إذ أنها

---

(١) وقد نصت المادة ٢٠٧ من تقنين المرافعات على أنه « لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به فقط ارتكاب جناية أو جنحة » . ونصت المادة ٢٠٨ من هذا التقنين على أنه « ومع ذلك يجب على الاشخاص المذكورين فى المادة السابقة أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

كما نصت المادة ٢٠٩ من هذا التقنين على أنه « لايجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إياه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر » .

ترمى إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه. ومن أمثلتها حرية الانتقال ،وحرية العمل ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج ، وحرمة المسكن .

٢١٦ – خصائص حقوق الشخصية :

رأينا أن حقوق الشخصية هي مجموعة القيم التي ثبتت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته . فهي بهذا الوصف تلازم الشخص لاتنفك عنه . ولذلك سماها الشارع بالحقوق الملازمة للشخصية (م ٥٠ مدنى) ، وسماها البعض بالحقوق اللصيقة بالشخصية. ومن ثم كانت حقوقا غير مالية لأنها لايمكن أن تقيم بالنقود .

ومقتضى هذا أن تخرج هذه الحقوق عن التعامل، فلا يجوز التصرف فيها ، ولا يرد التقادم عليها ، ولا تنتقل إلى الورثة . فهذه خصائص تتميز بها تلك الحقوق نتناولها فيما يلى :

(١) حقوق الشخصية لايجوز التصرف فيها : هذه خاصة تتفرع على كون حقوق الشخصية حقوقا غير مالية تلازم الشخصية . وقد عنى الشارع بالنص عليها بالنسبة إلى بعض حقوق الشخصية . فنصت المادة ٤٩ من التقنين المدنى على أنه « ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية » . ونظرا إلى أن حرية التعاقد تقتضى الاعتراف بالأهلية الكاملة لكل من تتوافر فيه شروطها ، فقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدنى على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . كما نصت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف على بطلان كل تصرف فى الحقوق الأدبية للمؤلف .

وتطبيقا لهذا المبدإ فانه إذا التزم شخص بالقيام بعمل معين وجب أن يكون هذا الالتزام مؤقتا . إذ أن مثل هذا الالتزام يعتبر قيدا على الحرية الشخصية ، فلا يصح أن يكون مؤبدا ، لأنه ينطوى حينئذ على النزول عن هذه الحرية. وقد رأى الشارع هذا الاعتبار فى نصوص كثيرة : منها مانصت عليه المادة ٥٢٩ / ١ من التقنين المدنى من أنه « تنتهى الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة » . وما نصت عليه المادة

٦٧٨ / ٢ من هذا التقنين من أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات جاز للعامل بعد خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » .

ومادام أن حقوق الشخصية لايجوز التصرف فيها فإن هذا يستتبع عدم جواز الحجز عليها ، لأن الحجز يؤدى إلى البيع الجبرى . وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٠ من القانون الخاص بحماية حق المؤلف على أنه « لايجوز الحجز على حق المؤلف » .

وإذا كان الأصل عدم جواز التصرف فى حقوق الشخصية إلا أن هناك من الاتفاقات فى هذا الشأن مايعتبر جائزا لكونه يحقق أغراضا اجتماعية نافعة ولا ينطوى على مساس بالحق . من ذلك مارأيناه من جواز التصرف فى جزء متجدد من الجسم مادام لا يؤدى إلى نقص دائم فى الكيان الجسدى ، كما فى عقد الرضاعة وعقد نقل الدم : ومن ذلك أيضا بعض الاتفاقات التى تتعلق باسم الشخص ، كما لو أذن شخص لآخر باستعمال اسمه كاسم أدبى مستعار أو باستخدامه كاسم تجارى .

(٢) حقوق الشخصية لايرد التقادم عليها : فهى تلازم شخصية الإنسان لاتنفك عنها، ومن ثم لاتسقط ولاتكسب بالتقادم . فإذا عرف شخص بين الناس باسم غير اسمه الحقيقى ، فلا يفقد حقه على اسمه مهما طالت المدة التى ظل فيها هذا الاسم مجهولا . وإذا نشر مؤلف مصنفا بدون اسم أو باسم مستعار كان له الحق فى أن يعلن عن اسمه الحقيقى فى أى وقت مهما طال الزمن . وإذا نشر مصنف باسم شخص غير مؤلفه الحقيقى فلا يكسب هذا الشخص الحق فى نسبة المصنف إليه مهما مضى من زمن .

(٣) حقوق الشخص لاتنتقل إلى الورثة : مادام أن هذه الحقوق تلازم الشخصية فلا تنتقل عند وفاة صاحبها إلى الورثة . وإذا كان الحق الأدبى للمؤلف تنتقل بعض سلطاته إلى الورثة ، فان هذه السلطات لاتمس دوام نسبة المصنف إلى المؤلف ، وإنما يراد بانتقالها أن يكون للورثة المحافظة على هذه النسبة وعلى بقاء المصنف بحالته التى أرادها المؤلف أو الورثة ودفع أى اعتداء يقع فى هذا الشأن كما سنرى .

٢١٧ – الاعتداء على حقوق الشخصية يؤدى إلى نشوء حق مالى فى التعويض :

إذا اعتدى على حق من حقوق الشخصية كان لمن وقع عليه الاعتداء الحق فى التعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك ، سواء أكان هذا الضرر ماديا أو أدبيا . وهذا الحق المالى فى التعويض مستقل عن حق الشخصية ذاته ، لأن مصدره العمل غير المشروع وهو الاعتداء الذى وقع . وقد نصت المادة ٥٠ من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من حقوق الملازمة الشخصية ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما تضمنت المادة ٥١ من ذلك التقنين تطبيقا لهذا الحكم على الاسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

٢١٨ - الحقوق الخاصة :

الحقوق الخاصة هى تلك التى لاتثبت إلا لمن يتوفر له سبب خاص لكسبها ، كحق الشخص فى ملكية عين أو اقتضاء دين و كسلطة الأب على ولده . فهى تهدف إلى حماية المصالح الخاصة للشخص حتى يتمكن من مزاولة نشاطه .

وتختلف هذه الحقوق عن الحقوق العامة أو حقوق الشخصية فى أنها حقوق يختص بها الشخص دون غيره ، بينما تثبت حقوق الشخصية للناس كافة على حد سواء .

الفصل الثالث

حقوق الأسرة

٢١٩ - التعريف بحقوق الأسرة :

تنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية .

ويقصد بحقوق الأسرة droits de famille تلك التى تثبت للشخص باعتباره عضوا فى أسرة معينة ، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب . ومن أمثلتها حق الزوج فى طاعة زوجته له ، وحق الأب فى تأديب ولده ، والحق فى الإرث ، والحق فى النفقة .

وتعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية . وقد رأينا أن التقنين المدنى لايتضمن تنظيما لهذه المسائل ، وإنما يتكفل بهذا التنظيم الشرائع الدينية والقوانين الخاصة التى صدرت فى هذا الشأن ، وذلك على التفصيل الذى عرضنا له فيما تقدم(١).

٢٢٠ - خصائص حقوق الأسرة :

الكثرة الغالبة من حقوق الأسرة حقوق غير مالية ، والقليل منها حقوق مالية كالحق فى النفقة والحق فى الإرث : وسواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك فإن حقوق الأسرة جميعها تتميز بمالها من طابع أدبى يرجع إلى رابطة القرابة التى تجمع بين أعضاء الأسرة . فحتى الحقوق المالية فى هـــذا النطاق تستند إلى أساس أدبى يقوم على هذه القرابة ، ولعل هذا الطابع الأدبى هو الذى جعل فريقا من الفقهاء يدرج حقوق الأسرة فى عداد حقوق الشخصية .

وغنى عن البيان أن الأسرة هى نواة المجتمع ودعامته الأساسية : ومن هنا فإن حقوق الأسرة تتميز كذلك بأنها تنطوى فى الوقت ذاته على واجبات نحو أعضاء الأسرة

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٦ — ٩٣ .

الآخرين . فسلطة الأب على ولده تعطيه حق تأديبه وتربيته ، وتوجب عليه كذلك أن يقوم بواجب التأديب والتربية . وسلطة الزوج على زوجته تجعل له عليها حق الطاعة ، فيكون على الزوجة أن تقيم حيث يقيم زوجها، وتوجب عليه كذلك أن يأويها ويهيء لها المقام اللائق . ولذلك فإن بعض الفقه يسمى حقوق الأسرة بالحقوق الوظيفية droits-fonction ، على اعتبار أن ماتخوله هذه الحقوق من سلطات إنما يراد بها تمكين الشخص من تأدية وظيفة معينة لمصلحة أعضاء الأسرة الآخرين . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى إنكار وصف الحق بالنسبة إلى هذه الحقوق ، بحجة أنها مجرد وظائف تؤدى ، لا لمصلحة من يقوم بها ، بل لمصلحة غيرهم من أعضاء الأسرة . والواقع أنها حقوق بالمعنى الصحيح ، حيث توجد من ورائها دائما مصلحة لأصحابها ، غير أن وجود مصلحة من ورائها كذلك لأعضاء الأسرة الآخرين يجعل لهم الحق فى اقتضاء مضمونها مما يجعل القيام بها واجبا فى الوقت ذاته على أصحابها . فنحن هنا بصدد علاقة قانونية أحد طرفيها له حق يقترن به واجب يقع عليه ، وهذا الواجب يقابله حق للطرف الآخر . فتأديب الابن وتربيته حق للأب ، إذ لاشك فى أن للأب من وراء ذلك مصلحة ذاتية فى تهذيب الابن وتقويم أخلاقه وحسن تربيته ؛ والتأديب والتربية هما فى الوقت ذاته واجب على الأب ، إذ أنهما يحققان كذلك مصلحة للابن ، وهذا الواجب يقابله حق للابن فى أن يقتضى من أبيه مايكفل له التأديب والتربية .

الفصل الرابع
الحقوق المالية

٢٢١ – التعريف بالحقوق المالية :

الحقوق المالية droits pécunières هى التى يمكن تقييم محل الحق فيها بالنقود ؛ فهى تكون الجانب الإيجابى فى ذمة الشخص المالية . إذ فى هذه الذمة تظهر الحقوق التى للشخص والتكاليف التى عليه ؛

ويرمى هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية : فالناحية الاقتصادية فيها محل الاعتبار الأول . وهى لذلك تختلف عن جميع الحقوق السابقة فى أنها ، بحسب الأصل ، يجوز التصرف فيها ويرد التقادم عليها وتنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته .

وهذه الحقوق على أنواع ثلاثة : حقوق شخصية ، وحقوق عينية ، وحقوق معنوية . ويقوم هذا التقسيم على أساس طبيعة محل الحق . فالحق الشخصى محله عمل ، كما فى حق المقرض قبل المقترض . والحق العينى محله شئ مادى ، كما فى حق الملكية . والحق المعنوى محله شئ معنوى أو غير مادى ، كما فى حق المؤلف :

ونظرا إلى أن التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى أثارت جدلا فى الفقه من قديم وظفرت باهتمام كبير منه ، فإنا بعد تناول هذين الحقين ، نعرض لهذه التفرقة ومدى أهميتها ، ثم ننتهى بالكلام فى الحق المعنوى .

الفرع الأول

الحق الشخصى

٢٢٢ – *تعريف الحق الشخصى* :

الحق الشخصى droit personnel حق يتمثل فى رابطة قانونية بين شخصين ، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالى معين. فهذا الأداء المالى ، وهو دائما عمل يقوم به المدين ، هو القيمة التى تثبت للدائن بمقتضى القانون ، فيؤدى هذا إلى قيام رابطة بين الدائن والمدين ، حيث يستطيع الدائن بمقتضاها أن يطالب المدين بالأداء الواجب عليه . كحق مشترى العقار قبل البائع الذى يلتزم بنقل الملكية ، وحق المستأجر قبل المؤجر الذى يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وحق شخص قبل آخر يلتزم بعدم البناء فى مساحة معينة .

وقد سمى هذا الحق بالحق الشخصى نظرا إلى أنه يتمثل فى علاقة بين شخصين ، بحيث لايستطيع صاحبه أن يباشره إلا بواسطة المدين : كما سمى بحق الدائنية droit de créance على اعتبار أن صاحبه دائن لشخص آخر بأداء معين :

ويطلق على الحق الشخصى كذلك اصطلاح الالتزام obligation . ويقال فى تعليل استعمالهما كمترادفين إن رابطة الالتزام أو رابطة الدائنية التى تقوم بين الدائن والمدين ، إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن كانت حقا ، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين كانت التزاما ، مع أن الالتزام هو الواجب الذى يقع على عاتق المدين والذى يقابل الحق الذى للدائن ، فكل منهما يتميز عن الآخر وعن رابطة الالتزام هذه . وإذا كان لابد من الاقتصار على أحد التعبيرين للدلالة على هذه الرابطة كان الأولى أن نعبر بالحق الشخصى لأنه هو مايهدف القانون إلى حمايته حين يلزم المدين بالوفاء . إلا أن التعبير عن هذه الرابطة بلفظ الالتزام قد شاع استعماله إلى حد أن الشارع نفسه ، رغم استخدامه للتعبيرين كمترادفين فى عنوان القسم الأول من التقنين المدنى ، لم يستعمل للدلالة على هذه الرابطة فى نصوص المواد سوى لفظ الالتزام .

والحق الشخصى يظهر فى ذمة الدائن كعنصر إيجابى ، ويقابله التزام يظهر فى ذمة المدين كعنصر سلبى . ومن ثم تجتمع فى الحق الشخصى ثلاثة عناصر ، هى صاحب الحق وهو الدائن ؛ ومن عليه الحق وهو المدين ، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين . فصاحب الحق الشخصى لايمكنه أن يباشر حقه كما قلنا إلا بواسطة المدين .

٢٢٣ — أنواع الحقوق الشخصية :

لاتقع الحقوق الشخصية تحت حصر . فهى تتنوع بحسب نوع الأداء الذى يلتزم به المدين . والقاعدة فى هـذا الشأن أن للأفراد الحرية فى أن يتفقوا على مايروق لهم من حقوق لتنظيم مصالحهم طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وحريتهم فى هذا لايحدها إلا أن يكون اتفاقهم غير مخالف للنظام العام والآداب .

والأداء الذى يلتزم به المدين فى الحق الشخصى يكون دائما عملا يجب على المدين أن يقوم به ، سواء أكان هذا العمل إيجابياً أم سلبياً . والعمل الإيجابى قد يكون إعطاء شئ ، أو يكون عملا آخر غير ذلك . والعمل السلبى هو الامتناع عن عمل معين . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الحقوق الشخصية أو الالتزامات إلى التزام باعطاء ، والتزام بعمل ، والتزام بامتناع عن عمل :

فالالتزام باعطاء هو الالتزام بنقل أو إنشاء حق عينى على شئ ؛ ومن أمثلة الالتزام بنقل حق عينى التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى ، والتزام المشترى بدفع الثمن للبائع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر . ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عينى التزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، أو التزامه بإنشاء حق رهن على هذا العقار ضمانا للوفاء بدين فى ذمته .

والالتزام بعمل هو الالتزام بالقيام بعمل إيجابى غير الأعطاء : ومن أمثلته التزام المقاول ببناء منزل ، والتزام العامل بأداء عمله ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها .

والالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن القيام به . من ذلك مثلا التزام بائع المحل التجارى بعدم فتح محل تجارة آخر من النوع ذاته فى المنطقة التى يوجد فيها المحل المبيع منعا للمنافسة ، والتزام الممثل نحو مدير المسرح الذى يعمل عنده بعدم التمثيل على مسرح آخر .

ويلاحظ ماقلناه من أنه فى هذه الصور جميعها يكون محل الالتزام دائما عملا إيجابيا أو سلبيا . فحتى فى الالتزام بإعطاء لايكون محل الالتزام هو الشيء الذى يجب أن تنتقل ملكيته أو ينشأ عليه حق عينى آخر ، بل المحل هو العمل الذى يجب على المدين أن يقوم به كى يتم نقل الحق أو إنشاؤه . فمثلا فى عقد البيع ، إذا كان الشيء المبيع منقولا معينا بالذات ، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ومعنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية يتم تنفيذه حينئذ من تلقاء نفسه بحكم القانون . أما إذا كان الشيء المبيع منقولا معينا بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بالافراز ، ومن ثم يجب على البائع كى ينفذ التزامه بنقل الملكية أن يقوم بعمل معين هو الإفراز . وإذا كان المبيع عقارا فلا تنتقل ملكيته إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع ، وفى هذه الحالة يجب على البائع كى ينفذ التزامه أن يساهم فى إجراءات التسجيل ، فمحل الالتزام هنا هو قيام البائع بنقل الملكية عن طريق المساهمة فى هذه الإجراءات .

الفرع الثانى
الحق العينى

٢٢٤ — تعريف الحق العينى :

الحق العينى droit réel حق يتمثل فى سلطة لشخص تنصب مباشرة على شىء مادى معين . فهذا الشىء هو مجال القيمة التى تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون ، فيؤدى هذا إلى وجود سلطة مباشرة للشخص على الشىء ، حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشىء على نحو يختلف مداه بحسب مضمون الحق . كحق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الرهن .

وما دام أن الحق العينى يتمثل فى سلطة تنصب مباشرة على الشىء ، كان لصاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة شخص آخر .

والحق العينى يظهر فى ذمة صاحبه ، ولكن الواجب العام الذى يقابل الحق والذى يقع على عاتق الناس جميعا ويقتصر أمره على التزام الكافة باحترام الحق لا يظهر فى ذمة شخص آخر . ومن ثم يوجد فى الحق العينى عنصران بارزان ، هما صاحب الحق ، ومحل الحق(١) .

---

(١) نذكر بهذه المناسبة أن أغلبية الفقه التقليدى تصف الحق العينى بأنه حق مطلق والحق الشخصى بأنه حق نسبى ، ويتوسع البعض فيقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق مطلقة وحقوق نسبية . وهذا التقسيم وذلك الوصف يقومان عند هؤلاء الفقهاء على فكرة الاحتجاج بالحق . فالحق المطلق هو الحق الذى يحتج به على الناس كافة ، كحق الملكية والحقوق العامة والحقوق السياسية . والحق النسبى هو الحق الذى يحتج به فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، كالحق الشخصى .

وهذه الفكرة خاطئة . ومبعث الخطأ فيها أنها تشعر بأن الواجب العام المفروض على جميع الناس باحترام حق الغير موجود بالنسبة إلى فريق من الحقوق دون غيره ، مع أن هذا الواجب العام ، كما سبق أن رأينا (انظر فيما تقدم فقرة ٢) ، موجود بالنسبة إلى كل أنواع الحقوق ، وأن الواجب الخاص إن وجد فى بعض هذه الحقوق فإنما يوجد زيادة على الواجب العام . ومن ثم فجميع الحقوق سواء فى إمكان الاحتجاج —

٢٢٥ - أنواع الحقوق العينية :

تتفق الحقوق العينية جميعها فى أنها تخول صاحبها سلطة مباشرة على شىء مادى ، ولكنها تختلف فيما يتعلق بمدى هذه السلطة . وبعبارة أخرى ، فإن محل الحق العينى هو دائما شىء مادى ، أما مضمونه وهو السلطات التى يخولها صاحبه فيختلف من حق إلى آخر .

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية :

٢٢٦ - أولا : الحقوق العينية الأصلية :

الحقوق العينية الأصلية هى الحقوق التى تقصد لذاتها ، فتقوم مستقلة ، بحيث لاتستند فى وجودها إلى حق آخر . وهى تشمل الحقوق الآتية :

= بها على جميع الناس . فكما يلتزم الغير باحترام حق الملكية يلتزم كذلك باحترام الحق الشخصى ، فلايفعل مامن شأنه الاضرار بصاحبه . ونزيد على ذلك أن فى هذا الحق الأخير يكون لصاحبه أن يطالب شخصا معينا هو المدين بعمل معين ، وهذا هو الواجب الخاص الذى من أجله وصف الحق بأنه نسبى .

ويتبين من هذا أن الاطلاق فى الحق العينى ينصب على الواجب العام وأن النسبية فى الحق الشخصى تنصب على الواجب الخاص . وبذلك تركز المقابلة بين الحقين على معيارين مختلفين ، فهى إذا غير صحيحة .

على أن هذا الوصف قد يرد فى الفقه مستندا إلى فكرة أخرى . فيوصف الحق العينى بأنه مطلق بمعنى أنه يمكن لصاحبه أن يزاوله دون وساطة شخص ما ، ويوصف الحق الشخصى بأنه نسبى بمعنى أنه لايمكن أن يزاوله صاحبه إلا بوساطة شخص أو أشخاص معينين . وهذه الفكرة صحيحة ، فهى وحدها التى يمكن التسليم بها .

وقد يوصف حق الملكية بأنه حق مطلق بمعنى أنه يخول صاحبه سلطة مطلقة على الشىء محل الحق ، فيكون للمالك أن يفعل بملكه مايشاء . وهذا المعنى تعوزه الدقة لعدم موافقته للنظرة الحديثة لحق باعتباره وظيفة اجتماعية . فحقيقة الواقع فى حق الملكية أن سلطة المالك تكون مقيدة بصالحه الخاص من ناحية وبالصالح العام للجماعة من ناحية أخرى .

وعليه فالأفضل ألا يؤخذ بهذا الوصف لحق أيا كان المعنى الذى يستند إليه . فهذا المعنى ينطوى فى حالة على فكرة خاطئة ، ويستند فى أخرى إلى فكرة غير دقيقة . وحتى فى الحالة التى يقوم فيها على فكرة صحيحة نجده غير كاف الدلالة عليها دلالة لفظية واضحة .

٢٢٧ — (١) حق الملكية (١) :

حق الملكية droit de propriété هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء . وقد نصت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أن « لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . فهذه السلطات الثلاث ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، من شأنها أن تمكن المالك من الحصول على جميع المزايا التى يمكن استخلاصها من الشيء .

١ — فالإستعمال L'usage هو استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منافعه فيما عدا الثمار . كأن يسكن المالك داره ، أو يركب عربته .

٢ — والإستغلال La juissance هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء . والثمار هى ما ينتجه الشيء فى مواعيد دورية منتظمة . وهى على أنواع ثلاثة : ثمار طبيعية ، وهى التى تتولد عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها ، كالكلأ ونتاج المواشى . وثمار مستحدثة ، وهى التى يكون للانسان يد فى إنتاجها ، كالمحصولات الزراعية . وثمار مدنية ، وهى ما يغله الشيء من دخل نقدى يلتزم به الغير فى مقابل استفادته من منافع الشيء بموجب عقد ، كأجرة المنازل والأراضى المؤجرة وفوائد النقود المقرضة .

٣ — والتصرف La disposition فى خصوص سلطة المالك على الشيء الذى يملكه يشمل نوعين من التصرفات : الأول هو التصرف المادى فى الشيء ، وهو عبارة عن الأعمال المادية التى تؤدى إلى استهلاك الشيء أو إعدامه أو التغيير فيه ، كهدم المنزل أو إحداث تغيير فيه . والثانى هو التصرف القانونى فى الحق ، وهو عبارة عن الأعمال القانونية التى يكون من شأنها أن تؤدى إلى زوال الحق كليا أو جزئيا ، كنقل ملكية الشيء إلى شخص آخر أو ترتيب حق عينى آخر عليه للغير .

وتعتبر سلطة المالك فى التصرف بنوعيه هذين طابعا خالصا لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية .

---

(١) راجع فى هذا الموضوع كتابنا فى حق الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ .

٢٢٨ – (٢) الحقوق المتفرعة عن الملكية :

تخول هذه الحقوق صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك للغير : فحق الملكية يخول المالك سلطة كاملة على الشيء ، أما غيره من الحقوق العينية الأصلية فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطة. ولذلك فإن الحقوق العينية الأصلية ، فيما عدا حق الملكية ، تعتبر حقوقا متفرعة عن الملكية . وهي تشمل الحقوق الآتية :

٢٢٩ – ١ – حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى :

حق الانتفاع droit d' usufruit حق يخول المنتفع استعمال شيء مملوك لغيره واستغلاله. حيث يثبت للمنتفع عنصران من عناصر الملكية ، وهي الاستعمال والاستغلال ، أما التصرف في الشيء فيبقى للمالك الذي يقال له في هذه الحالة مالك الرقبة . فمثلا للمنتفع بمنزل أن يسكنه وأن يؤجره لغيره ، ولكن ليس له أن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يرهنه ، إذ أن هذا من حق المالك فحسب .

ويلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى ، إذ هما عبارة عن صورتين للانتفاع على نطاق محدود :

فحق الاستعمال droit d' usage يخول صاحبه استعمال شيء مملوك لغيره . حيث يقتصر مضمونه على الاستعمال دون الاستغلال . فهو على هذا النحو أضيق نطاقا من الانتفاع .

وحق السكنى droit d' habitation يخول صاحبه السكنى فحسب في مسكن مملوك لغيره . وبذلك يكون هذا الحق أضيق نطاقا من حق الاستعمال ، لأنه يخول صاحبه استعمال الشيء على وجه معين ، هو الاستعمال بطريق السكنى : فإذا كان هناك محل يصلح لأن يكون مكتبا ومسكنا فإن من له حق استعماله يمكنه أن يستعمله في هذا الغرض أو ذاك ، أما من له حق السكنى فليس له إلا أن يسكنه .

وسواء بالنسبة إلى حق الاستعمال أو حق السكنى فإن نطاقهما يتحدد بمقدار

مايحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدنى) ، فلا يجوز النزول عنهما للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (٩٩٧ مدنى) .

وتتميز حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى بأنها تنقضى حتما بوفاة صاحبها ، حتى لو جاءت هذه الوفاة قبل انقضاء الأجل المعين للحق (٩٩٣ مدنى) .

٢٣٠ — ٢ — حق الحكر :

حق الحكر حق يخول المحتكر الانتفاع بأرض للغير فى مقابل أجرة المثل ، وذلك بالبناء أو الغرس أو غيره . ويكون المحتكر مالكا لما يحدثه من بناء أو غراس أو غيره .

وقد استمد الشارع أحكام هذا الحق من الشريعة الإسلامية ، ولكنه لايجيز ترتيبه فى ظل التقنين المدنى الحالى إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدنى) ، حينما تقضى بذلك ضرورة أو مصلحة (م ١٠٠٠ مدنى) . ويكون ذلك عادة إذا كان الوقف مخربا ولا يكفى ريعه لإصلاحه ولا يمكن استبداله ، فيكون فى تحكيره إصلاح له .

ولا يجوز التحكير إلا بإذن من المحكمة . ويجب أن يتم بعقد رسمى . ولا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

وعلى خلاف حق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، فإن حق الحكر لاينقضى حتما بوفاة المحتكر . فإذا توفى المحتكر قبل حصول الأجل المعين للحكر انتقل الحق إلى ورثته . ومع ذلك ينتهى هذا الحق بوفاة المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس ، ولو كان ذلك قبل حلول الأجل ، مالم يطلب جميع الورثة بقاء الحكر (م ١٠٠٨ مدنى) .

٢٣١ — ٣ — حقوق الارتفاق :

حق الارتفاق droit de servitude حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر . فهو حق من شأنه أن يجعل أحد العقارين فى خدمة الآخر ، بأن يكون لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل العقار المرتفق به على وجه معين : ومن أمثلته

حق المرور حيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يمر فى العقار المرتفق به ، وحق المطل حيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يفتح نافذة مثلا على ملك جاره دون مراعاة المسافة القانونية .

وما دام أن حق الارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر فإنه يرتبط بالعقار لا بشخص مالكه ، حيث يبقى قائما رغم تغير ملاك هذا العقار أو ذاك ، فيكون صاحبه هو من يملك العقار المرتفق . ولذلك فالأصل فيه أن يبقى مابقى العقاران المرتفق والمرتفق به ، إلا إذا كان هناك اتفاق على تأقيته بأجل معين فينتهى بانقضاء هذا الأجل (م ١٠٢٦ مدنى) .

ويلاحظ أن التقادم المسقط يرد على الحقوق المتفرعة عن الملكية جميعها ، بمعنى أنها تسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . بينما لايسقط حق الملكية بعدم الاستعمال . فقعود المالك عن مباشرته سلطانه ، مهما طال عليه الأمد ، لايؤدى إلى فقد الملكية . ولكن يفقد المالك حقه إذا اقترن عدم الاستعمال بحيازة للشىء من جانب الغير تتوفر فيها شروط التقادم المكسب ، حيث يكسب الغير فى هذه الحالة الملكية بالتقادم . فحق الملكية لايسقط بالتقادم ، ولكنه يكسب بالتقادم كغيره من الحقوق العينية الأصلية .

٢٣٢ – ثانيا : الحقوق العينية التبعية(١) :

الحقوق العينية التبعية هى الحقوق التى لاتوجد مستقلة بذاتها ، وإنما تكون تابعة لحق شخصى تضمن الوفاء به . ولهذا سميت بالتأمينات العينية .

ذلك أن الحق الشخصى لايتعلق بمال معين من أموال المدين ، فمحله عمل يقوم به المدين ، ولذلك لايضمن الوفاء به إلا ماللدائن من حق الضمان العام على أموال المدين ، إذ القاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . وهذا يعنى أنه إذا لم يقم المدين

---

(١) راجع فى هذا الموضوع كتابنا فى التأمينات العينية .

بالوفاء الاختيارى استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على أى مال من أموال المدين كى يباع هذا المال جبرا ويقتضى الدائن حقه من الثمن . وحق الضمان الذى للدائن عام من ناحيتين :

الأولى : أن هذا الحق يشمل جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منها بعد نشوء الدين . حيث يقتصر ضمان الدائن على ماعسى أن يكون لدى المدين من أموال وقت التنفيذ ، فلا يشمل ماقد يتصرف فيه المدين من أموال قبل هذا الوقت ، إذ أن الحق الشخصى لاينصب على مال معين من أموال المدين كما قلنا . ومقتضى هذا أن يكون للمدين أن يتصرف فى أى مال من أمواله دون أن يكون فى استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه بحقه .

والثانية : أن هذا الحق مقرر لجميع الدائنين على قدم المساواة ، فهم يتساوون فيه بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم . ومقتضى هذا أنه إذا أعسر المدين ، بأن كانت أمواله غير كافية للوفاء بحقوق الدائنين جميعا ، اقتسم هؤلاء تلك الأموال قسمة الغرماء ، حيث يأخذ كل منهم من ثمنها عند التنفيذ بنسبة دينه .

ويتضح من هذا أن الدائن العادى ، وهو صاحب الحق الشخصى ، يتعرض فى استيفاء حقه لخطرين : الأول هو تصرف المدين فى أمواله دون أن يكون فى استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه ، فقد يؤدى هذا إلى عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يبق لدى المدين عند التنفيذ مال يكفى للوفاء . والثانى هو مزاحمة الدائنين الآخرين عند التنفيذ فى حالة إعسار المدين .

لذلك هيأ القانون للدائن عدة وسائل لتأمينه ضد هذين الخطرين ، أهمها الحقوق العينية التبعية . فالدائن الحريص يعمل على أن يكون له حق عينى تبعى ، أى تأمين عينى ، يكفل له الحصول على دينه ، إذ أن هذا الحق يؤمن الدائن ضد خطر تصرف المدين ، حيث يخول الدائن تتبع المال الذى ورد عليه الحق إذا تصرف فيه المدين فى أى يد يكون للتنفيذ عليه . كما يؤمن الدائن ضد خطر مزاحمة الدائنين الآخرين ، حيث يخوله التقدم فى استيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التالين له فى المرتبة .

تلك هى وظيفة الحقوق العينية التبعية ، فبمقتضى الحق العينى التبعى لايقتصر

ضمان حق الدائن على ذلك الضمان العام الذى يشترك فيه مع سائر الدائنين على قدم المساواة ، بل يكون له ضمان خاص على مال معين يكفل له استيفاء دينه على النحو الذى ذكرناه :

وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصدرها : فنها حقان ينشآن بالعقد ، وهما الرهن الرسمى والرهن الحيازى . وحق ينشأ بأمر من القاضى بناء على حكم ، وهو حق الاختصاص . وحقوق تنشأ بنص القانون ، وهى حقوق الامتياز : وتتناولها فيما يأتى :

٢٣٣ - (١) الرهن الرسمى :

حق الرهن الرسمى Le droitd' hypothèque حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار بواسطة عقد يتم بينه وبين الراهن ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك العقار فى أى يد يكون .

فهذا النوع من الرهن ينشأ بمقتضى عقد رسمى . وطرفا العقد هما الدائن المرتهن والراهن : فالدائن المرتهن هو صاحب الحق الشخصى الذى يضمنه الرهن . والراهن قد يكون هو المدين فى الحق الشخصى ، وقد يكون شخصا آخر غير المدين يقدم عقاره لكى يرهن ضمانا لدين على غيره . ولا يرد هذا الرهن إلا على عقار : وفيه يبقى العقار المرهون فى يد الراهن . ولا يحتج بالرهن على الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد . والغير يشمل الدائنين العاديين ، كما يشمل كل من كسب على العقار المرهون حقا عينيا أصليا أو تبعيا وقام بشهره بطريق التسجيل أو القيد . فإذا تم قيد الرهن كان للدائن أن يتقدم فى استيفاء حقه من المقابل النقدى للعقار على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة أى أصحاب الحقوق العينية التبعية التى قيدت على العقار بعد قيد رهنه . كما يكون له أن يتتبع العقار لينفذ عليه ويستوفى حقه على النحو المذكور ولو انتقلت ملكية العقار من الراهن إلى الغير مادام هـــذا الانتقال لاحقا لقيد الرهن : فهذان هما حق التقدم وحق التتبع اللذان يثبتان للدائن المرتهن كغيره من أصحاب الحقوق العينية التبعية .

٢٣٤ — (٢) — حق الاختصاص :

حق الاختصاص Le droit d'affectation حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضى بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك العقار فى أى يد يكون .

ويختلف هذا الحق عن الرهن الرسمى من حيث مصدره . فبينما ينشأ الرهن الرسمى بواسطة عقد يتم بين الدائن المرتهن والراهن ، يتقرر حق الاختصاص بمقتضى أمر يصدر من القاضى . إذ يجوز لكل دائن بيده حكم بالدين واجب التنفيذ أن يحصل من القاضى على أمر بالاختصاص على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين .

وفيما عدا هذا الاختلاف فيما يتعلق بالطريقة التى يكسب بها الحق ، فإن حق الاختصاص يسرى عليه مايسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص الحقوق ذاتها التى للدائن المرتهن رهنا رسميا .

٢٣٥ — ٣ — الرهن الحيازى :

حق الرهن الحيازى Le droit de gage حق عينى تبعى يتقرر للدائن بواسطة عقد بينه وبين الراهن على شىء يسلم إليه أو إلى أجنبى ، فيكون له بمقتضاه أن يحبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء دينه من المقابل النقدى لذلك الشىء فى أى يد يكون.

ويتفق هذا الحق مع الرهن الرسمى فى أن مصدره العقد ، ولكن الحقين يختلفان من وجوه : ١ — فالرهن الرسمى يتقرر بمقتضى عقد رسمى ، بينما يتقرر الرهن الحيازى بمقتضى عقد رضائى . ٢ — ولا يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ، أما الرهن الحيازى فيرد على العقار والمنقول . ومن بين المنقولات التى يمكن أن يرد عليها الرهن الحيازى الديون أى الحقوق الشخصية . ٣ — وفى الرهن الرسمى تبقى حيازة العقار المرهون للراهن ،

بينما في الرهن الحيازى تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان. ولذلك يلتزم الدائن أو الأجنبي الذى تسلم الشيء المرهون بالمحافظة عليه وإدارته واستثماره . ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن ، فما يحصل عليه الدائن أو الأجنبي من صافى الريع وما يستفيده من استعمال الشيء يخصم من الدين المضمون بالرهن .

وانتقال الحيازة هذا إلى الدائن أو إلى أجنبي شرط لنفاذ الرهن في حق الغير ، وذلك بالاضافة إلى شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون . فإذا كان الشيء عقارا وجب قيد الرهن كما هى الحال فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص . وإذا كان الشيء منقولا ماديا وجب أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ . وإذا كان المرهون دينا عاديا وجب إعلان الرهن إلى المدين أو قبوله إياه. وإذا كان المرهون دينا ثابتا فى سند رسمى وجب أن يكون هناك نزول يذكر فيه أنه تم على سبيل الضمان ويؤشر به على السند ويقيد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت السند ، وإذا كان الدين ثابتا فى سند إذنى وجب تظهير السند بما يفيد أن القيمة للضمان ، وإذا كان الدين ثابتا فى سند لحامله وجب أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن بالنسبة إلى المنقول المادى. ٤ — وبالإضافة إلى حق التقدم والتتبع اللذين يثبتان للدائن المرتهن رهنا رسميا ، يثبت كذلك للدائن المرتهن رهنا حيازيا الحق فى حبس الشيء المرهون فى يده إلى حين استيفاء الدين . فإذا تصرف الراهن فى الشيء المرهون كان للدائن المرتهن أن يمتنع عن تسليمه إلى المتصرف إليه حتى يقضى له دينه .

١٥٩ — (٤) حقوق الامتياز :

حق الامتياز Le droit deprivilège حق عينى تبعى يتقرر بمقتضى نص فى القانون ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته على جميع أموال المدين ، أو على منقول أو عقار معين منها ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لهذه الأموال .

وهذا الحق لايتقرر بعقد كالرهن ، ولابأمر من القاضى كحق الاختصاص ، وإنما يتقرر بمقتضى نص فى القانون . حيث قدر الشارع أن ثمة حقوق معينة تحتاج إلى

رعاية خاصة فجعل لأصحابها حقوق امتياز لضمان الوفاء بها . وتقول المادة ١١٣٠/١ من التقنين المدنى فى هذا المعنى : « الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » . فهى أولوية تتقرر بمقتضى نص فى القانون لمصلحة دائن يثبت له حق من نوع معين .

وتنقسم حقوق الامتياز من حيث الأموال التى ترد عنها إلى حقوق امتياز عامة ، وحقوق امتياز خاصة :

فحقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتختص هذه الحقوق بحكمين تختلف فيهما عن بقية الحقوق العينية التبعية . حيث أنها حقوق لايجب شهرها ولو كان محلها عقارا . كما أنها لا تخول صاحبها حق التتبع ، فإذا تصرف المدين فى مال من أمواله فلا يجوز للدائن أن ينفذ عليه . فهى تخول الدائن فحسب حق التقدم فى استيفاء دينه عند التنفيذ على مايكون لدى المدين من أموال وقت هذا التنفيذ . ومن أمثلتها الامتياز المقرر لضمان ماهو مستحق عن ستة الأشهر الأخيرة من المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر من أجورهم ورواتبهم ، والمبالغ المستحقة للموردين عما تم توريده للمدين من مأكل وملبس ، والنفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) .

أما حقوق الامتياز الخاصة فترد على مال معين من أموال المدين ، سواء كان هذا المال منقولا أم عقارا . وهى تخول الدائن حق التقدم وحق التتبع . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول الامتياز المقرر على المنقول ضمانا للمبالغ التى صرفت فى حفظه وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدنى) ، وامتياز مؤجر العقار ضمانا لحقوقه الناشئة من عقد الإيجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣ مدنى) ، وامتياز بائع المنقول على الشىء المبيع ضمانا للثمن وملحقاته (م ١١٤٥ مدنى) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار امتياز بائع العقار على العقار المبيع ضمانا للثمن وملحقاته (م ١١٤٧) ، وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين على المنشآت التى عهد إليهم فى تشييدها أو ترميمها أو صيانتها ضمانا للمبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال (م ١١٤٨ مدنى) .

ولاتخضع للشهر حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول . ولذلك لايحتج بها على الغير الذى كسب حقا على المنقول وانتقلت إليه حيازته وهو حسن النية لا يعلم بوجود الامتياز . وأما حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار فالقاعدة فيها ألا يحتج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد (١) ، شأنها فى ذلك شأن الرهن الرسمى .

٢٣٧ — الحقوق العينية وردت فى القانون على سبيل الحصر :

رأينا أن الحقوق الشخصية لاتقع تحت حصر . فيجوز للأفراد أن يغيروا من أحكام الحقوق الشخصية التى نظمها القانون ، كما يمكنهم أن ينشئوا حقوقا شخصية لم ينص عليها القانون ، مادام ذلك فى حدود النظام العام والآداب .

أما الحقوق العينية فقد وردت فى القانون على سبيل الحصر : حيث لايجوز للأفراد أن ينشئوا حقوقا عينية غير التى أحصاها القانون . ذلك أن نظام الملكية ، وهى أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا ، يتصل بالنظام العام لتعلقه بالكيان الاقتصادى للمجتمع . ومن هذا لايجوز الاتفاق على إنشاء حقوق عينية أصلية تقتطع من سلطات المالك على نحو لم ينظمه القانون ، لأن الشارع قد راعى فى تحديده للحقوق المتفرعة عن الملكية مايجب أن يكون عليه استغلال الأشياء فى المجتمع . كما أن الحقوق العينية التبعية قد نظمها الشارع باعتبارها أساسا للائتمان ، وهــذا يتصل اتصالا وثيقا بنظام المجتمع الاقتصادى .

وعليه فالقانون وحده هو الذى يحدد مايمكن أن يكون للشخص من سلطة على الشىء ، لأن هذا يتصل بنظام المجتمع الاقتصادى ، ومن ثم يعتبر من النظام العام . ومقتضى هذا أن تكون الحقوق العينية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر .

---

(١) يستثنى من ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، إذ أن هذه الحقوق لا يجب فيها الشهر (م ١١٣٤ / ٢ مدنى) .

الفرع الثالث

التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها

٢٣٨ – أساس التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني :

رأينا أن الحق الشخصي يتمثل في علاقة بين شخصين ، بحيث لايستطيع الدائن أن يباشره إلا بواسطة المدين ، ومن ثم تجتمع فيه ثلاثة عناصر أساسية هي صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق . أما الحق العيني فيتمثل في سلطة تنصب على شيء مادي العين ، حيث يستطيع صاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة أحد ، ومن ثم يوجد فيه عنصران أساسيان هما صاحب الحق ومحل الحق . وترجع هذه التفرقة بين الحقين إلى اختلاف المحل في كل منهما عنه في الآخر ، فالحق الشخصي محله عمل يقوم به المدين ، أما الحق العيني فمحله شيء مادي معين .

٢٣٩ – محاولة هدم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني والرد عليها :

هذه التفرقة التي ذكرناها بين الحق الشخصي والحق العيني صياغة تقليدية سائدة منذ عهد القانون الروماني حتى اليوم . وهي تفرقة أساسية في القانون المدني ، وقد رأينا برهانا واضحا عليها في تقسيم التقنين المدني(١) .

لكن بعض الفقهاء ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول(٢) ، حاول هدم هذه التفرقة بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي. إذ يرى هؤلاء أن الحقوق جميعها عبارة عن روابط بين الأشخاص ، لأن القانون إنما ينظم الروابط بين الأشخاص . فالحق العيني كالحق الشخصي رابطة بين أشخاص، ولا يمكن أن يقال إنه رابطة بين الشخص والشيء ، لأن هذه الرابطة لاتقوم إلا بين شخص وآخر . ويتضح ذلك إذا حللنا الحق العيني ،فإنا نجد فيه عناصر ثلاثة كالحق الشخصي ،هي صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٩ .

(٢) بلانيول ، القانون المدني ج ١ ، فقرة ٢١٥٩ و ٢١٦٠ .

الحق . وهذا العنصر الأخير الذى أغفله التعريف التقليدى للحق العينى هو الناس كافة ماعدا صاحب الحق ، وهم يلتزمون بالتزام سلبى محض هو أن يمتنعوا عن كل مايعكر الحيازة الهادئة التى يتمتع بها صاحب الحق . وعليه يكون الحق العينى رابطة ملزمة بين صاحب الحق ومن عداه من الناس . وهذه الرابطة التى تلزم الكافة ماعدا صاحب الحق تتضح حينما يعتدى أحد على الحق العينى ، فحينئذ يتحدد من عليه الحق ويبدو أنه قد أخل بالتزام كان واقعا عليه .

أما السلطة المباشرة على الشىء التى يقوم عليها التعريف التقليدى للحق العينى فهى مايسميه القانون بالحيازة ، والحيازة كما تكون للمالك ، وهو صاحب حق عينى ، تكون كذلك للسارق ، فكلاهما له سلطة فعلية على الشىء ، وإنما يفرق بينهما أن أحدا لايلتزم باحترام حيازة السارق ، بينما يلتزم الناس باحترام حيازة المالك . ومرد هذه التفرقة إلى ماهنالك من علاقة ملزمة تربط الكافة بالمالك ، بينما لايوجد شىء من ذلك بالنسبة إلى السارق . فطبيعة الحق لاتعتمد على استعمال الشىء فى ذاته ، وإنما على العلاقات التى تربط صاحب الحق بغيره من الناس .

وهذا النظر مردود من وجوه : ذلك أن الحق العينى لم يعرف بأنه رابطة بين الشخص والشىء محل الحق ، لأن الروابط لاتقوم حقيقة إلا بين أشخاص ، وإنما قيل عنه إنه سلطة للشخص على الشىء . والالتزام المزعوم الذى يقع على عاتق الناس جميعا باحترام الحق العينى ليس التزاما محددا يكون من شأنه أن يوجد رابطة معينة بين صاحب الحق وغيره من الناس ؛ وإنما هو الواجب العام الذى يقع على الكافة بالنسبة إلى أى حق والذى يوجب عليهم احترام هذا الحق ؛ فهو من هذا موجود كذلك بالنسبة إلى الحق الشخصى . فلو أن أحدا جعل المدين فى الحق الشخصى يخل بالتزامه كان مسئولا ووجب عليه التعويض ؛ إنما يوجد زيادة على هذا الواجب العام فى الحق الشخصى واجب خاص يتمثل فى الالتزام الذى يقع على عاتق شخص معين هو المدين والذى يفرض عليه أن يقوم بعمل معين أو أن يمتنع عن عمل معين ، وهذا الواجب الخاص لاوجود له فى الحق العينى . ثم إن هذا الواجب العام لايتصور إلزام الكافة به إلا بالنسبة إلى حق كامل قائم ، فهو لايمكن إذا أن يكون من العناصر المكونة للحق العينى ، بينما التزام

المدين فى الحق الشخصى عنصر لايقوم هذا الحق إلا به . وإذا كان الاعتداء على الحق العينى يؤدى إلى ظهور شخص معين يلتزم بالتعويض فإن هذا الشخص لايكون مدينا فى الحق العينى ، وإنما هو مدين فى الحق فى التعويض . وهذا حق شخصى يترتب لصاحب الحق العينى المعتدى عليه وتتمثل فيه الحماية القانونية للحق العينى وغيره من الحقوق . وكون الناس يلتزمون باحترام حيازة المالك ولا يلتزمون باحترام حيازة السارق لايرجع إلى نوع العلاقة التى تربط الحائز بالناس ، وإنما يرجع إلى أن القانون يعترف للمالك بسلطة على الشئ ولا يعترف بها للسارق ، وهذه السلطة القانونية هى الجوهر المميز للحق العينى . وفضلا عن كل هذا فإن الواجب العام باحترام الحق العينى وغيره من الحقوق لايعتبر عبئاولا يظهر عنصرا فى الذمة ، ولا حصر للواجبات العامة التى تقع على عاتق كل فرد ، أما التزام المدين فى الحق الشخصى فواجب خاص يكون عبئا عليه ويظهر عنصرا سلبيا فى ذمته . ومقتضى هذا أن الحق العينى لايمثله سوى عنصر إيجابى فى ذمة صاحبه ،بينما الحق الشخصى يمثله عنصر إيجابى فى ذمة الدائن يقابله عنصر سلبى فى ذمة المدين .

٢٤٠ — بقاء التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى وأهميتها :

لم يكن من شأن المحاولة التى ناقشناها الآن أن تنال من أهمية التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى فى قليل أو كثير. فقد وضح من مناقشتنا أنها تفرقة تتصل بجوهر كل من الحقين . ولهذا كانت لها أهميتها من وجوه كثيرة نذكر منها مايأتى :

(١) مادام الحق العينى سلطة مباشرة على شىء فإن وجود هذا الحق يستلزم حتما توافر الأمرين الآتيين :

الأول : أن يكون الشىء حالا ، بمعنى أن يكون موجودا . فإذا كان الشىء مستقبلا ، أى لم يوجد وقت التعاقد ، كان الحق الذى يمهد للحصول عليه حقا شخصيا. ولذلك فإن العقود التى ترد على أشياء مستقبلة ، كبيع المحصول قبل ظهوره ، لاتنشئ سوى حقوقا شخصية محلها عمل المدين وهو إعطاء شىء . حيث يكون حق المشترى

قبل وجود الشيء المبيع حقا شخصيا . فإذا وجد الشيء المبيع ، وهو مايتحقق حينما ينفذ البائع التزامه ، أصبح حق المشترى حقا عينيا .

والثانى : أن يكون الشيء معينا بالذات . فإذا كان الشيء معينا بالنوع كان الحق الذى يمهد للحصول عليه حقا شخصيا . فإذا باع تاجر خمسين أردبا من القمح من درجة معلومة كان حق المشترى حقا شخصيا محله عمل يلتزم به البائع هو أن يقوم بفرز المبيع وتسليمه إلى المشترى . فإذا تم فرز المبيع أصبح المشترى مالكا أى صاحب حق عينى ، لأنه إذ ذاك يتعين الشيء محل الحق بذاته .

(٢) يترتب على كون الحق العينى سلطة مباشرة على شيء أن يكون فى استطاعة صاحبه أن يباشره على الشيء فى أى يد يكون . فهو يتتبع الشيء محل الحق إذا انتقلت حيازته إلى شخص آخر ، حيث يتمسك بحقه ضد كل من يحوز الشيء . وهذا هو مايقال له حق التتبع droit de suite . وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق ، العينية الأصلية منها والتبعية . فالمالك الذى يخرج الشيء المملوك له من يده ، كأن يصبح فى يد غاصب أو سارق ، يمكنه أن يتتبع الشيء بمقتضى حقه العينى فيطالب به ضد من يحوزه . ولصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أن يباشر حقه على الشيء ولو باع المالك الشيء إلى شخص آخر . ولصاحب حق الارتفاق أن يباشر حقه على العقار المرتفق به أياكان الشخص الذى يحوزه . ولصاحب الحق العينى التبعى ، كالدائن المرتهن ، أن ينفذ على الشيء المحمل بالحق ولو كان الدين قد تصرف فيه إلى شخص آخر ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم .

أما الحق الشخصى فلا يخول صاحبه حق التتبع ، إذ هو حق الدائن فى مطالبة مدينه بعمل ، فهو إذا لاينصب مباشرة على شيء مملوك للمدين ، ومن هذا لايمكن لصاحبه أن يتتبع مايتصرف فيه المدين من أمواله . فإذا اشترى شخص من تاجر كمية من القطن دون تعيين للقطن المبيع بذاته كان حق المشترى حقا شخصيا ، فإذا باع التاجر مالديه من قطن إلى شخص آخر فلا يكون للمشترى الأول أن يطالب المشترى الثانى بشيء ، إذ ليس له على القطن أى حق عينى ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع . وإذا اشترى شخص من آخر عقارا كقطعة أرض فلا تنتقل الملكية إلى المشترى إلا بالتسجيل ، أما

قبل تمام التسجيل فلا يكون للمشترى إلا حق شخصي محله عمل يلزم به البائع هو أن يقوم بنقل الملكية إلى المشترى ، فإذا فرضنا أن غاصبا استحوذ على العقار قبل التسجيل فلا يكون للمشترى أن يرجع على الغاصب بدعوى استحقاق العقار ، إذ ليس له حق عينى على العقار ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضا أن يأمن صاحب الحق العينى مزاحمة غيره فى حدود مضمون حقه ، فهو يفضل فى هذه الحدود على غيره ممن يتمسك بحق يتعارض من مع مضمون حقه. وهذا هو ما يقال له حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية droit de préférence ، وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية أو تبعية : فلو أن عقارا بيع لشخصين مختلفين ، فسبق أحدهما إلى تسجيل عقده ، فإنه يفضل على المشترى الآخر فيحصل على العقار لأن التسجيل يجعله مالكا أى صاحب حق عينى ، بينما يظل الآخر دائنا شخصيا ليس له أى حق على العقار يمكنه من مزاحمة المشترى الأول . وإذا قام الدائنون بالتنفيذ بحقوقهم على عقار مرهون ، فبيع جبرا بالمزاد ، كان للدائن المرتهن أن يستوفى حقه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين الشخصيين .

أما الحق الشخصى فلا يخول صاحبه أفضلية ما ، لأن محله عمل يقوم به المدين : فإذا تعدد الدائنون الشخصيون كانوا جميعا سواء بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائنون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء . وإذا تعدد الدائنون أصحاب الحقوق العينية التبعية فالأولوية بينهم تكون بحسب الأسبقية فى شهر حقوقهم أو ثبوت تاريخ هذه الحقوق . و إذا اجتمع دائنون من هؤلاء وهؤلاء فالأولوية تكون لصاحب الحق العينى إطلاقا .

(٤) يختلف الحق العينى عن الحق الشخصى من ناحية المدة .

فحق الملكية ، وهو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا ، الأصل فيه أن يكون مؤبدا ، بمعنى أنه لا يتحتم توقيته بزمن معين . وكذلك الحكم بالنسبة إلى حق الارتفاق ، ويرجع ذلك إلى أن هذا الحق أو ذاك يتمثل فى سلطة تنصب على شىء معين ، فيصح أن تظل هذه السلطة قائمة طالما كان الشىء محل الحق موجودا . غير أن القانون يحتم التوقيت بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية الأخرى كما رأينا: فحق الانتفاع ينتهى حتما

بموت المنتفع إن لم ينقض بانتهاء أجله قبل ذلك (م٩٩٣ مدنى)، وحق الاستعمال وحق السكنى يسرى عليهما هذا الحكم أيضا (م ٩٩٨ مدنى) ، وحق الحكر لايجوز أن يكون لمدة تزيد على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . وهذا التوقيت الذى يقضى به القانون يعتبر من النظام العام ، بحيث يقع الاتفاق على خلافه باطلا . والعلة فى ذلك أن من المرغوب فيه اقتصاديا ضم ماتفرق من عناصر الملكية ، كى تجتمع للمالك سلطاته كاملة على الشىء فيصبح فى استطاعته أن يستغل ملكه على خير وجه .

وفيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية فقد رأينا أنها لاتوجد إلا مستندة إلى حق شخصى تضمن الوفاء به ، وبذلك تكون تابعة له فيسرى عليها حكمه . ومن ثم تكون هذه الحقوق مؤقتة كالحق الشخصى الذى تضمنه ، فتنقضى بانتهائه . فمثلا حق الرهن الذى يعقد ضمانا لدين ينقضى بوفاء هذا الدين .

أما الحقوق الشخصية فيتحتم فيها أن تكون مؤقتة . وينطبق هذا بصفة مطلقة على هذه الحقوق جميعها . ذلك أنها تتمثل فى رابطة بين شخصين تخول أحدهما مطالبة الآخر بعمل معين . والتزام المدين بهذا العمل يعتبر قيدا على حريته الشخصية ، تلك الحرية التى تعتبر من النظام العام ، ومن ثم لايمكن لهذا القيد أن يرد عليها إلى الأبد ، بل يتعين أن يكون مؤقتا ، أى لمدة محددة لاتستغرق حياة المدين .

ومراعاة لهذا الاعتبار نصت المادة ٧٢ من قانون العمل (القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩) على أنه « إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين إلغاؤه بعد إعلان الطرف الآخر كتابة . . . » . كما نصت المادة ٢/٦٧٨ مدنى على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد ... » . فهذه النصوص وكثير غيرها ليست سوى تطبيقا للقاعدة العامة التى توجب أن يكون الحق الشخصى لمدة معينة لاتستغرق حياة المدين .

(٥) يصح أن ترد الحيازة على الحقوق العينية الأصلية، وكذلك الحقوق العينية التبعية التى تستلزم حيازة الدائن للشىء المحمل بالحق كما هى الحال فى الرهن الحيازى . ولذلك يجوز أن تكسب هذه الحقوق بالحيازة أو بالتقادم .

أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها الحيازة . ولذلك لايجوز أن تكسب بالحيازة أو بالتقادم . ويستثنى من ذلك الدين الثابت فى سند لحامله ، حيث يأخذ حكم المنقول المادى ، فيكسبه من يحوزه بمقتضى سبب صحيح إذا كان حسن النية وقت حيازته (م ٩٧٦ مدنى) .

ويرجع هذا الفارق إلى أن الحق العينى يتمثل فى سلطة على الشىء ، فهو من هذا يقبل الحيازة . بينما يتمثل الحق الشخصى فى علاقة بين شخصين ، ومن ثم لايقبل الحيازة .

الفرع الرابع
الحق المعنوى

٢٤١ – تعريف الحق المعنوى :

يراد بالحق المعنوى الملكية المعنوية(١) . فهو حق يرد على شىء معنوى أوغير مادى . فهو إما أن يرد على نتاج ذهنى أيا كان نوعه ، كحق المؤلف إن كان عالما أوكاتبا فى مصنفاته العلمية أوالأدبية ،وإن كان فنانافى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية . وإما أن يرد على قيمة من القيم التى تجتذب العملاء وتعتبر ثمرة للنشاط ؛وهى تدخل فى المقومات المعنوية للمحل التجارى ، كحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية وثقة العملاء. حيث تثبت لصاحب هذا الحق أبوة نتاجه الذهنى أوثمرة نشاطه ، فيكون له تبعا لذلك أن يحتكر استغلال هذه الثمرة أو ذلك النتاج .

٢٤٢ – طبيعة الحق المعنوى والتفرقة بينه وبين الحق العينى :

يعتبر الحق المعنوى صورة خاصة للملكية ، حيث ترد الملكية هنا على شىء غير مادى ، وهذا هو الذى يفرق بين الحق المعنوى والحق العينى من حيث الطبيعة. فالملكية باعتبارها حقا عينيا ترد على شىء مادى معين . أما الملكية باعتبارها حقا معنويا فترد

(١) راجع فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا فى حق الملكية فقرة ١٩٠ – ٢٣٦ .

على شيء غير مادى . ومقتضى هذا الفارق أن تختص الملكية المعنوية بأحكام تختلف عن أحكام الملكية العادية .

وينهض بهذا التكييف ، أى باعتبار الحق المعنوى حق ملكية ، أمران : الأول أن الشيء غير المادى الذى يرد عليه هذا الحق يكون ثمرة لعمل صاحب الحق الذهنى أو لنشاطه ، فهو إما أن يكون نتاجا ذهنيا أو قيمة من القيم التجارية التى تعتبر ثمرة للنشاط ، بحيث تثبت لصاحب الحق أبوة خالصة عليه . والثانى أن هذا الحق يخول صاحبه احتكار استغلال ذلك النتاج أو هذه القيمة ، سواء كان ذلك بالانتفاع أو بالتصرف .

وقد وجه إلى هذا التكييف اعتراضان : الأول أن الملكية حق مؤبد ، بينما الحق المعنوى فى أغلب صوره ليس مؤبدا . غير أن هذا الاعتراض مردود بأن التأبيد لا يعتبر خاصة جوهرية لحق الملكية . والثانى أن المالك له أن يستأثر باستعمال ملكه والافادة منه ، أما صاحب الحق المعنوى فلا يستطيع فى أغلب حالاته أن يستأثر بذلك . غير أن هذا الاعتراض يرد عليه بأن الفارق مرجعه إلى طبيعة الحق المعنوى بإعتباره واردا على شيء معنوى لا تتحقق الفائدة منه إلا بذيوعه بين الناس . ولهذا قلنا إننا بصدد صورة خاصة للملكية تنفرد بأحكام خاصة .

ويلاحظ أن محل الحق المعنوى هو النتاج الذهنى أو القيمة المعنوية ، وليس الجسم المادى الذى يظهر فيه ذلك النتاج أو هذه القيمة. فحق المؤلف مثلا يرد على المصنف ، أى الأفكار التى يبتكرها المؤلف ، وهى شيء معنوى أو غير مادى . أما الجسم المادى الذى تظهر فيه هذه الأفكار ، كصفحات الكتاب التى دون فيها المصنف ، أو الحجر الذى نحت فيه التمثال ، أو اللوحة التى رسمت عليها الصورة ، أو نحو ذلك ، فليس هو محل ذلك الحق .

٢٤٣ – أنواع الحقوق المعنوية :

تندرج تحت الملكية المعنوية طوائف مختلفة من الحقوق المعنوية تختلف فى كنهها اختلافا يؤدى إلى تغاير فى القواعد التى تحكم كلا منها .

فهناك حقوق المؤلفين والمخترعين ، وهى التى يقال لها الحقوق الذهنية ، حيث ترد على نتاج ذهنى ، فيكون لها ناحية أدبية ترتبط بالشخص ارتباطا وثيقا ، وناحية أخرى مالية .

ويعتبر من قبيل حقوق المؤلفين حق المرسل باعتباره مؤلفا على ماجاء فى الرسالة من أفكار لها قيمتها العلمية أو الأدبية أو التاريخية أو الإخبارية بحيث يكون هناك مبرر لنشرها . فهذا الحق يعتبر ملكية معنوية تثبت للمرسل رغم ملكية المرسل إليه للرسالة باعتبارها شيئا ماديا .

وهناك الحقوق التى ترد على قيم تجارية معنوية ، وهى تدخل فى العناصر المعنوية للمحل التجارى ، ويقال لها الحقوق المتعلقة بالعملاء .

وقد اصطلح على تسمية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم العلمية والأدبية والفنية بالملكية الأدبية والفنية . كما اصطلح على تسمية الحقوق المتعلقة بالاختراعات ، والرسوم والنماذج ، والعلامات والبيانات التجارية ، والأسماء التجارية بالملكية الصناعية .

ونقتصر فى هذا المقام على الكلام فى حق المؤلف .

٢٤٤ — حق المؤلف :

حق المؤلف droit d'auteur ، أو الملكية الأدبية والفنية ، هو عبارة عن مجموعة المزايا الأدبية والمالية التى تثبت للعالم أو الكاتب أو الفنان على مصنفه .

وقد أصدر الشارع فى هذا الخصوص القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف ، حيث اهتدى فيه بالمبادئ التى قررتها الاتفاقات الدولية والتشريعات الحديثة .

ونتناول فيما يلى بإيجاز المصنفات التى يحمى القانون مؤلفيها ، ثم نحدد مضمون حق المؤلف ، وننتهى ببيان الوسائل التى تكفل حماية هذا الحق .

٢٤٥ — أولا : المصنفات التى يحمى القانون مؤلفيها :

نصت المادة الأولى فقرة أولى من قانون حماية حق المؤلف على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » .

ومن هذا تتبين ما هى المصنفات المبتكرة ، وكيف يتحدد شخص المؤلف .

٢٤٦ – (١) المصنفات المبتكرة :

ليس المقصود بالمؤلف فى هذا المقام ذلك المعنى الضيق الذى ينحصر فيمن يبسط أفكاره فى كتاب ، وإنما يعنى كل من ينتج إنتاجا ذهنيا أيا كان نوعه . فالعالم والكاتب والمثال والرسام والمصور والموسيقى والمحاضر والخطيب ، كل من هؤلاء مؤلف مادام ينطوى إنتاجه على قدر من الابتكار .

ويعتبر المخترع فى حقيقته مؤلفا ، لأنه يقوم بإنتاج ذهنى يؤدى إلى خلق جديد فى عالم الصناعة . وكذلك يعتبر مؤلفا من يضع العلامات والبيانات التجارية ، أو يصمم الرسوم والنماذج الصناعية ، مادام ينطوى عمله على خلق جديد . لكن هؤلاء تتكفل بحمايتهم قوانين خاصة أخرى ، حيث تعتبر أعمالهم مما يدخل فى نطاق الملكية الصناعية .

ولا يقتصر معنى المصنف على الكتاب ، بل ينصرف إلى كل نتاج ذهنى أيا كانت طريقة التعبير عنه ، حيث يستوى أن يكون هذا التعبير بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (٢ / ٢ من القانون المذكور) .

ومناط ثبوت حق المؤلف أن يتضمن المصنف قدرا من الابتكار ، بمعنى أن يتميز المصنف بطابع أصيل إما فى الإنشاء أو فى التعبير . أى يكون من شأن هذا الطابع أن يبرز شخصية المؤلف إما فى مقومات الفكرة التى عرضها أو فى الطريقة التى اتخذها لعرض هذه الفكرة ، حيث يستوى لتوافر عنصر الابتكار أن يأتى المؤلف بأفكار جديدة ، أو يقوم بترجمة مصنف إلى لغة أخرى أو بتحويله إلى لون آخر أو بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأية صورة تظهره فى شكل جديد (م ٣ / ١ من القانون المذكور) .

ولا عبرة بأهمية المصنف ، فمتى تحقق الابتكار أصبحت الحماية واجبة حتى لو كان المصنف لا يقرؤه سوى العامة من الناس .

والأصل كذلك ألا عبرة بالغرض المقصود من التصنيف أو النشر . حيث يستوى أن يكون الغرض علميا أو أدبيا أو فنيا ، أو حتى غرضا عمليا كما هى الحال بالنسبة إلى التقاويم الفلكية أو الجوية والكتالوجات التى تروج لنوع معين من البضائع . إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل ، وذلك فى الحالات الآتية :

١ — الوثائق الرسمية: لاتشمل الحماية مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات التنظيمية والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وغير ذلك من الوثائق الرسمية. إذ أن الغرض الذى من أجله صدرت هذه الوثائق ينأى بها عن أن تكون محلا لملكية خاصة، بل يقتضى أن تؤول بمجرد نشرها إلى الملك العام للناس جميعا. وذلك مالم تكن هذه الوثائق قد جمعت وفقا لترتيب خاص أو لخصت بحيث يظهر فيها أثر المجهود الشخصى، إذ تصبح فى هذه الحالة جديرة بالحماية (م ٤ من القانون المذكور).

٢ — المقالات والأخبار الصحفية: فيما يتعلق بالمقالات الصحفية العلمية أو الأدبية أو الفنية، وكذلك الروايات ونحوها، لايجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها إلا بموافقة مؤلفيها. إنما يجوز لهذه الصحف الأخرى أو النشرات أن تنشر خلاصات لتلك المصنفات بغير إذن مؤلفيها.

وفيما يتعلق بالمقالات الصحفية الخاصة بمناقشات فى أمور عامة تشغل الرأى العام فى وقت معين، سواء كانت هذه الأمور سياسية أو اقتصادية أو علمية أو دينية، يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها مادام لم يرد فى الصحيفة المنقول عنها مايحرم هذا النقل صراحة.

وسواء فى هذه الحالة أو تلك فإنه يجب ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه (م ١٤ من القانون).

ولاتشمل الحماية الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية.

٣ — المصنفات الشفوية: الأصل أن المصنفات الشفوية، كالمحاضرات والخطب والمواعظ، تشملها الحماية. غير أنه يستثنى من هذا الأصل الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات والاجتماعات العامة وتكون موجهة إلى الكافة، وكذلك المرافعات القضائية العلنية، حيث يجوز أن تنشر أو تذاع دون إذن صاحبها، بشرط أن يكون ذلك على سبيل الإخبار (م ١٥ من القانون).

٢٤٧ – (٢) تحديد شخص المؤلف :

الغالب أن يكون المصنف من تأليف مؤلف واحد ؛ وقد يقوم أكثر من شخص بوضع المصنف بناء على تكليف من شخص آخر ، وهو مايقال له المصنف الجماعي ؛ وقد يكون المصنف مشتركا :

١ — المصنف الذي يؤلفه مؤلف واحد : هذا هو الفرض الغالب ؛ وللمؤلف الحق في أن ينشر مصنفه باسمه . كما أن له أن ينشره باسم مستعار ، أو بدون اسم . وقد أقام الشارع قرينة مقتضاها أن من ينشر المصنف منسوبا إليه يعتبر هو المؤلف . ويجوز إثبات عكس هذه القرينة ، فإذا قام الدليل على أن المؤلف الحقيقي شخص آخر غير الذي يحمل المصنف اسمه ثبتت لهذا الشخص حقوق المؤلف (المادة الأولى من القانون المذكور) ؛

٢ — المصنف الجماعي : نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أن « المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لايمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة — ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفا ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف » ؛ مثل ذلك أن تعهد الدولة إلى نفر من الموظفين أو من غيرهم بوضع كتاب في قضية قومية تنشره باسمها وعلى نفقتها ، أو تعهد شركة سينمائية إلى نفر من الفنانين بعمل مصنف سينمائي تتولى عرضه .

ويلاحظ أن المعول عليه ، وفقا للأصول العامة في ثبوت وصف المؤلف ومايستتبعه من حقوق لشخص معين ، أن يكون هذا الشخص قد ساهم فعلا في خلق ذهني جديد ؛ ومع ذلك فإن الشارع ، مراعاة لاعتبارات عملية ، يعطي وصف المؤلف للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه ابتكار المصنف ونظمه ، بحيث يكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف ، كما هو صريح النص المذكور .

٣ — المصنف المشترك : هو الذي يشترك في تأليفه شخصان أو أكثر . كأن يشترك أديبان في كتابة قصة روائية ؛ أو يقوم نفر من العلماء بوضع كتاب علمي : والمعيار

فى وجود مصنف مشترك أن تكون هناك جهود تساهم فى الابتكار ، بحيث تستوحى فكرة مشتركة وتتجه فى تناسق إلى إخراج المصنف .

وفى ضوء هذا المعيار تنقسم المصنفات المشتركة إلى نوعين :

النوع الأول من المصنفات المشتركة يختلط فيه إنتاج المؤلفين بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم وتمييزه على حدة . وفى هذه الحالة يعتبرون جميعا أصحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأى منهم أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخولها حق المؤلف ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعا ، فإذا وقع بينهم خلاف فى هذا الشأن تولت المحكمة الابتدائية الفصل فيه . على أنه يحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف (م ٢٥ من القانون المذكور)

والنوع الثانى من المصنفات المشتركة يمكن فيه فصل نصيب كل من المؤلفين المشتركين وتمييزه على حدة . كما هى الحال فى مصنفات الموسيقى الغنائية والمصنفات السينمائية ، حيث يشترك الأديب الذى يضع الشطر الأدبى والموسيقى الذى يضع الشطر الموسيقى وغيرهما . وفى هذه الحالة يكون لكل من المؤلفين الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . غير أن هذا الاستغلال يجب ألا يكون من شأنه الإضرار باستغلال المصنف المشترك . ويحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف ، سواء تناول هذا الاعتداء المصنف فى مجموعه أو اقتصر على شطر معين فيه .

والأصل هنا ، كما فى الصورة السابقة ، أنه لا يجوز لأى من الشركاء أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخولها حق المؤلف على المصنف فى مجموعه ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعا . غير أن الشارع خرج على هذا الأصل بالنسبة إلى المصنفات الموسيقية المشتركة والمصنفات السينمائية ونحوها ، حيث جعل الأفضلية لمؤلف الشطر الأكثر أهمية ، فخوله الحق فى أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخولها حق المؤلف على مجموع المصنف دون حاجة إلى موافقة صاحب الشطر الآخر . وذلك مع حفظ حق مؤلف الشطر الثانوى فى الحصول على نصيبه فى الربح وفى نشر هذا الشطر واستغلاله مستقلا ، مادام

لايكون هذا النشر أو الاستغلال وسيلة لمزاحمة المصنف المشترك . ومن ثم فنى مصنفات الموسيقى الغنائية تكون الأفضلية لمؤلف الشطر الموسيقى ، لأنه الشطر الأهم فى هذه الصورة (م ٢٩ من القانون) . وفى المصنفات التى تنفذ بحركات أو استعراضات مصحوبة بالموسيقى ونحوها تكون الأفضلية لمؤلف الشطر الموسيقى ، لأنه الشطر الأهم فى هذه الصورة (م ٣٠ من القانون) . وفى المصنفات السينمائية أو المعدة للإذاعة اللاسلكية أو التليفزيون تكون الأفضلية لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحرير المصنف الأدبى ولمؤلف الحوار وللمخرج مجتمعين (م٣٢ من القانون) :

٢٤٨ – ثانيا : مضمون حق المؤلف :

نبدأ فى هذا المقام بالتنويه بطبيعة حق المؤلف وفق ماذكرناه فيما تقدم وبتحليل هذا الحق . وفى ضوء هذا التحليل نتناول الحق الأدبى للمؤلف ، ثم الحق المالى للمؤلف.

٢٤٩ – طبيعة حق المؤلف وتحليله :

انتهينا فيما تقدم إلى أن الحق المعنوى أيا كان نوعه ليس إلا صورة خاصة للملكية يرد فيها الحق على شىء معنوى . ومن ثم يعتبر حق المؤلف حق ملكية .

وبتحليل هذا الحق يتبين أن له وجهين ، أحدهما أدبى ، والآخر مالى . فهو يخول صاحبه مزايا أدبية يراد بها حماية المصنف باعتباره خلقا ذهنيا لصيقا بشخصيته ، فتكون له أبوته والهيمنة عليه ، كما يخوله مزايا مالية تتيح له الاستئثار بثمرة جهده المادية ، فيكون له احتكار استغلال مصنفه .

ولايعنى هذا أن للمؤلف حقين منفصلين : فحق المؤلف حق واحد يقوم أساسا على اعتبار الخلق الذهنى للمؤلف مرآة لشخصيته وصدى لها ، فهو حق غير مالى يدخل فى نطاق حقوق الشخصية . وإذا كان هذا الحق يعتبر أساسا حقا أدبيا بهذا المعنى ، فليس فى المنطق أو القانون مايأبى أن تكون له ناحية أخرى مالية . فالحق الأدبى والحق المالى للمؤلف ليسا حقين منفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزتان لحق واحد . وآية ذلك

ماسنراه من أن لكل من هاتين السلطتين أثرها البالغ على الأخرى ، بحيث يبدو الفصل بينهما تحكميا ومصطنعا ؛ وتغليب الطابع الأدبى لحق المؤلف إنما يستند إلى حقيقة تتجلى فى أن أبوة المؤلف لمصنفه باعتباره خلقا ذهنيا نابعا من شخصيته تثبت له منذ وجود المصنف وتظل إلى الأبد. بينما لا ينشأ حق المؤلف المالى على مصنفه إلا من وقت النشر ، ويكون هذا الحق موقوتا بمدة معينة ، بحيث ينتهى بانتهاء هذه المدة إذ يؤول المصنف إلى الملك العام للناس جميعا .

ولهذا نتكلم فيما يلى عن الحق الأدبى والحق المالى للمؤلف ، لا باعتبارهما حقين منفصلين ، بل باعتبارهما سلطتين متميزتين لحق واحد هو حق المؤلف .

٢٥٠ — (١) الحق الأدبى للمؤلف :

نتكلم فى مضمون هذا الحق ، ثم فى خصائصه :

٢٥١ — ١ — مضمون الحق الأدبى :

تقوم الميزات التى تنطوى تحت هذا الحق على أساس وجوب حماية المصنف باعتباره خلقا ذهنيا نابعا من شخصية المؤلف . فهى تهدف إلى حماية شخصية المؤلف بحيث تعتبر فى مجموعها من حقوق الشخصية . وفى ضوء هذا الاعتبار تثبت للمؤلف السلطات الآتية :

ا — *تقرير نشر المصنف وتحديد طريقة هذا النشر* : للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره (م ٥ / ١ من القانون) . وسلطته فى هذا الشأن مطلقة ، فهو الذى يقدر مدى صلاحية نتاجه الذهنى للنشر وأثر هذا النشر على سمعته .

وللمؤلف وحده كذلك سلطة تحديد الطريقة التى يتم بها نشر المصنف . فإذا ارتضى المؤلف أن ينشر مصنفه بطريقة معينة ، فلا يجوز للغير أن يعاود هذا النشر أو أن ينشر بطريقة أخرى بدون إذن من المؤلف . غير أن الشارع أورد على هذه السلطة قيودا يمليها الصالح العام ، نذكر منها ما يأتى :

« فليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه فى اجتماع عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة مادام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل

مالى » (م١١ / ١ من القانون) . و « لموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق فى إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف مادام لايحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى » (م١١ /٢ من القانون) ؛

و « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصى المحض ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك » (م ١٢ من القانون) .

« ولا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا قصد بها النقد أو المناقشة أوالإخبار مادامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفا » (١٣ من القانون) .

و « يجوز للصحف أوالنشرات الدورية أن تنشر مقتبسا أو مختصرا أوبياناموجزا من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير إذن من مؤلفيها » (م ١٤ / ٢ من القانون) . ويجب حينئذ ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه (م ١٤ / ٤ من القانون) ؛

و « فى الكتب الدراسية وفى كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التى سبق نشرها » (م ١٧ /١ من القانون) . ويباح فى هذه الكتب كذلك « نقل المصنفات التى سبق نشرها فىالفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية بشرط أن يقتصر النقل على مايلزم لتوضيح المكتوب » (م ١٧ /١ من القانون) . « ويجب فى جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين » (م ١٧ /٢ من القانون) ؛

« وللهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ،وعلى مديرى هذه الأمكنة تمكين هذهالهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة » (م ٣٥ /١ من القانون) ؛ وقد أوجب الشارع « على هذهالهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوانالمصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذاكان لذلكمقتض » (م ٣٥ /٢ من القانون) .

ب — نسبة المصنف إلى المؤلف : للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه على الدوام (م ٩/١ من القانون) . وينبنى على ذلك أن يكون للمؤلف الحق فى أن ينشر مصنفه حاملا اسمه . كما يكون له أن ينشره باسم مستعار (م ١/٣ من القانون) ، أو حتى بدون اسم ، وفى هاتين الحالتين يظل له الحق فى أن يعلن عن شخصيته فى أى وقت مهما طال الزمن .

حـ — إدخال مايراه المؤلف من تعديل أو تحوير فى مصنفه : للمؤلف وحده الحق فى إدخال مايرى من تعديل أو تحوير فى مصنفه . فيكون له وحده أن يحذف منه أو يغير فيه أو يحوله من لون من ألوان الأدب أو الفن أو العلم إلى لون آخر أو يلخصه أو يشرحه أو يعلق عليه أو يترجمه إلى لغة أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه (م ٧ و ٩/١ من القانون) .

غير أن القانون يرفع الحماية عن حق المؤلف بلغة أجنبية فى ترجمة مصنفه أو الإذن بها إلى اللغة العربية بعد مضى خمس سنوات من تاريخ النشر . فقد نصت المادة ٨ من القانون المذكور على أنه « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . وتقول المذكرة الإيضاحية فى تبرير ذلك إن « فى هذا القيد الزمنى تغليب للصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة فى أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كى لاتحرم من ثمار التفكير الإنسانى فى مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة » . وهذا فى الواقع قيد خطير يجاوز الغرض المقصود منه ، إذ أنه بمقتضاه تجوز ترجمة المصنفات المكتوبة بلغة أجنبية إلى اللغة العربية بعد مضى خمس سنوات من تاريخ نشرها دون حاجة إلى إذن من المؤلف ودون أن يكون له الحق فى أى تعويض . مع أنه كان يكفى للوصول إلى الغرض المقصود ألا يستأذن المؤلف فى ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية دون إخلال بحقه فى الحصول على تعويض عادل .

د — *سحب المصنف من التداول* : للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول بعدأن تم نشره . فقد يرى أن المصنف لم يعد يتلاءم مع المستوى الفكرى الذى وصل إليه ، أو الأفكار السائدة فى المجتمع ، أو القيم المسلمة فيه ، أو نحو ذلك بحيث أصبح ماساً بسمعته ، فيسحب من التداول ماقد يكون باقيا من نسخه .

غير أنه إذا كان المؤلف قد تصرف فى حق الاستغلال المالى للمصنف فإن استعماله لسلطة السحب لايتم إلا بحكم من المحكمة الابتدائية إذا قررت أن هناك أسبابا خطيرة تدعو إلى ذلك ،وفى هذه الحالة يجب على المؤلف أن يعوض من آل إليه حق الاستغلال (م ٤٢ من القانون) .

٢٥٢ — ٢ - *خصائص الحق الأدبى* :

الحق الأدبى للمؤلف حق غير مالى يتصل بشخصية المؤلف ، وإن كان يتميز عن حقوق الشخصية البحتة فى أنه يعتبر عنصرا فى حق المؤلف الذى يرد على المصنف ذاته . ويترتب على ذلك أن تتحدد خصائصه فى ضوء هذين الاعتبارين . فهو بمراعاته هذين الاعتبارين لايجوز التصرف فيه ، كما يكون مؤبدا . وباعتباره عنصرا فى حق المؤلف الذى يرد على المصنف يكون قابلا للانتقال إلى الورثة فى حدود معينة . ونتناول هذه الخصائص فيما يلى :

ا — *عدم قابلية الحق الأدبى للتصرف* : لايجوز التصرف فى الحق الأدبى للمؤلف ، إذ أن طبيعته والهدف المقصود منه يجعلانه مما لايجوز التعامل فيه . ولذلك نصت المادة ٣٨ من القانون المذكور على أنه « يقع باطلا كل تصرف فى الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥ فقرة أولى و٧ فقرة أولى و ٩ من هذا القانون » . والحقوق المشار إليها فى هذا النص هى على التوالى حق المؤلف فى تقرير نشر مصنفه ، وحقه فى تعديله أو تحويره ، وحقه فى نسبته إليه ، كما تنطبق القاعدة ذاتها على حق المؤلف فى سحب مصنفه من التداول .

ومقتضى عدم جواز التصرف فى الحق الأدبى أنه لايجوز الحجز عليه (م ١٠ من القانون) ، لأن الحجز يؤدى إلى البيع الجبرى ؛

ب — *تأبيد الحق الأدبى* : ينبنى على اعتبار الحق الأدبى من حقوق الشخصية أن يكون هذا الحق مؤبدا ، فلا يكون موقوتا بمدة معينة . حيث ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائما إلى الأبد طوال حياة المؤلف وبعد وفاته طالما كان هناك من له صفة فى تمثيله . بل إن نسبة المصنف إلى المؤلف تظل على الدوام لاتسقط أبدا .

كما يدخل فى معنى التأبيد أن الحق الأدبى لايسقط بعدم الاستعمال. وقد رأينا تطبيقا لذلك أنه إذا نشر المصنف باسم مستعار أوبدون اسم فإن المؤلف يظل له رغم ذلك الحق فى أن يعلن عن شخصيته فى أى وقت مهما طال الزمن ، فإن فعل ذلك تعين أن ينسب المصنف إليه وحده ؛

حـ — *انتقال الحق الأدبى إلى الورثة* : من الواضح أن نسبة المصنف إلى المؤلف لاتنتقل إلى الورثة ، فهى تظل للمؤلف على الدوام بعد وفاته ، غير أن بعض السلطات الأخرى التى يخولها هذا الحق تنتقل إلى الورثة فى حدود معينة تجعل الورثة بمثابة حراس على تراث مورثهم الفكرى (راجع المادة ١٩ من القانون) ؛

ففيما يتعلق بتقرير النشر يتقيد الخلف بالإرادة الصريحة التى ظهرت من جانب المؤلف . وإذا لم تظهر هذه الإرادة الصريحة قبل موت المؤلف انتقل حق تقرير النشر إلى الخلف . غير أن هذه السلطة يرد عليها قيد يقتضيه الصالح العام ، فإذا أحجم الخلف فى هذه الحالة عن نشر المصنف لعجزهم أو لعدم أهليتهم أو لغير ذلك من الأسباب ، أو لم يكن هناك وارث أو خلف للمؤلف ، كان لوزير التربية والتعليم أن يحل محل هؤلاء فى مباشرة الحقوق الأدبية والمالية التى خولهم إياها القانون ، وذلك بعد استصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ومع تعويضهم تعويضا عادلا (م ٢٣ من القانون) .

وفيما يتعلق بالمحافظة على نسبة المصنف إلى المؤلف وعلى بقاء المصنف بحالته التى أرادها دون حذف أو تغيير ودفع أى اعتداء على هذا الحق أو ذاك يثبت للخلف سلطة

كاملة ، إذ فى هذا النطاق تتجلى مهمة الخلف فى حماية فكرة المؤلف فى كنهها وفى الشكل الذى أراده لها .

أما فيما يتعلق بإدخال تعديل أو تحوير على المصنف فقد خول الشارع الخلف سلطة إدخال مايرون من تعديل أو تحوير على المصنف دون قيد ؛ غير أن إثبات هذه السلطة الخطيرة للخلف دون قيد يؤخذ عليه أنه يجاوز القدر الذى تقف عنده وظيفة الحق الأدبى ومهمة الخلف وفقا لما تتطلبه هذه الوظيفة ؛ ذلك أن هذا الحق الذى كان يخول المؤلف سلطات مطلقة يصبح فى يد الورثة أداة تنحصر وظيفتها فى تحقيق غرض معين ، هو حماية فكرة المؤلف ، بحيث يحافظون على المصنف من كل تشويه أو تحريف ؛

وأخيرا فيما يتعلق بسحب المصنف من التداول تكون العبرة بإرادة المؤلف ؛ فإذا كان المؤلف قد أوصى بالسحب فى ظرف معين نفذ الخلف هذه الرغبة ؛ وإذا لم تكن ثمة وصية بذلك فليس للخلف أن يباشر هذه السلطة ، لأن إرادة المؤلف حينئذ أن يبقى مصنفه منشورا .

٢٥٣ – (٢) الحق المالى للمؤلف :

نتكلم فى مضمون هذا الحق ، ثم فى خصائصه .

٢٥٤ – ١ – مضمون الحق المالى :

للمؤلف وحده الحق فى أن يستغل مصنفه ، ولا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق إلا بإذن كتابى منه (م ٥ / ٢ من القانون) . فهذا الاستغلال قد يقوم به المؤلف نفسه ، أو يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال فى نظير مقابل معين ؛

وكما تكون طريقة الاستغلال بنشر المصنف بحالته الأصلية ، قد تكون كذلك بترجمته أو تحويله من لون إلى لون أو تحويره ونشره فى صورته الجديدة .

ويستوى لثبوت حق المؤلف فى الاستغلال أن يكون نشر المصنف بطريق

الأداء العلنى ، أو يكون بطريق عمل نماذج ، وذلك أيا كانت الوسيلة التى اتخذت فى هذه الطريق أو ذاك (م ٦ من القانون) .

والنشر بطريق الأداء العلنى هو ، كما تقول المادة المشار إليها ، « نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسيقى ، أو التمثيل المسرحى ، أو العرض العلنى ، أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو للصوت أو للصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعهما فى مكان عام » .

والنشر بعمل نماذج هو ، كما تقول المادة المشار إليها ، « نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور . ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى » :

٢٥٥ — ٢ — خصائص الحق المالى :

قلنا فيما تقدم إن الحق الأدبى والحق المالى للمؤلف ليسا فى حقيقتهما حقين منفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزان لحق واحد . وتتميز الميزات التى ينطوى عليها الحق المالى بعدة خصائص ، يرجع بعضها فى وجوده إلى الطابع المتغلب للحق الأدبى ، ويتأثر البعض الآخر فى مداه بهذا الطابع . ونتناول هذه الخصائص فيما يلى :

ا — التصرف فى الحق المالى : الحق المالى للمؤلف ، وهو عبارة عن حق الاستغلال المالى للمصنف ، يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر (م ٣٧ / ١ من القانون) ، شأنه فى ذلك شأن جميع الحقوق المالية :

وقد يشمل التصرف الحق المالى بأكمله ، أو يكون تصرفا جزئيا كأن يكون قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو موقوتا بمدة معينة أو محدودا بمكان معين . كما

أنه قد يكون معاوضة أو تبرعا ، وإذا كان معاوضة فقد يكون العوض فيه مبلغا جزافيا أو نسبة معينة من الإيراد (م ٣٩ من القانون) .

ويستوى لجواز التصرف أن يكون المؤلف قد أتم تأليف مصنفه ، أو يكون فى سبيل إتمامه ، أو لم يكن قد بدأه بعد ، إذ القاعدة هى جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة (م ١٣١ / مدنى) ، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

غير أنه لايجوز للمؤلف أن يتصرف فى مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل : فقد نصت المادة ٤٠ من القانون المذكور على أنه « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى فى المستقبل » . حيث راعى الشارع أن مثل هذا التصرف يؤدى إلى تقييد حرية المؤلف لما ينطوى عليه من مساس بحق يتصل بشخصيته .

وقد نصت المادة ٣٧ فقرة ثانية من القانون المذكور على الشروط اللازمة لقيام التصرف ، فقالت إنه « يشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » ، وذلك حتى لاتوضع فى العقد شروط مجملة غامضة تكون مجحفة بالمؤلف .

وإذا كان الحق الأدبى يبقى للمؤلف رغم تصرفه فى الحق المالى ، إلا أن هذا التصرف يؤدى إلى الحد من بعض السلطات التى يخولها الحق الأدبى . وذلك فيما يتعلق بسلطة المؤلف فى سحب مصنفه من التداول أو احداث تعديل فيه . إذ أن استعمال المؤلف لهذه السلطة بعد تصرفه فى حق الاستغلال يجب أن تدعو إليه أسباب خطيرة ، وهذه الأسباب يقدرها القاضى بحيث لايجوز للمؤلف سحب المصنف من التداول أو إحداث تعديلات جوهرية فيه إلا إذا حصل على حكم بذلك من المحكمة الابتدائية المختصة : فإذا رأت المحكمة ذلك وجب على المؤلف أن يعوض المتصرف إليه تعويضا عادلا تقدره المحكمة . كما يجب أن يدفع هذا التعويض مقدما فى غضون أجل تحدده المحكمة ، فإذا لم يتم ذلك زال كل أثر للحكم ، بحيث يمتنع على المؤلف حينئذ أن يسحب مصنفه أو يعدل فيه (م ٤٢ من القانون) .

ب – *عدم قابلية الحق المالي للحجز* : نصت المادة ١٠ من القانون المذكور على أنه « لايجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها مالم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » .

فلا يجوز الحجز على حق المؤلف حال حياته ، سواء كان هذا الحق هو الحق الأدبى أو حق الاستغلال المالى . ذلك أن الحق الأدبى حق غير مالى يتصل بشخصية المؤلف ، ومن ثم يكون غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه كما قدمنا. وحق الاستغلال ، رغم كونه حقا ماليا يجوز التصرف فيه ، فإن الحجز عليه لايكون مجديا ، لأن الاستغلال لايتحقق إلا بنشر المصنف على الجمهور ، وقد عرفنا أن سلطة تقرير النشر تثبت للمؤلف وحده باعتبارها إحدى عناصر الحق الأدبى فلا تقبل الانتقال إلى الغير . وينبنى على ذلك أن دائنى المؤلف لايجديهم توقيع الحجز على حق الاستغلال ، لأن من يرسو عليه المزاد لن يصبح فى وسعه أن يقوم بالاستغلال إلا إذا قرر المؤلف نشر مصنفه .

أما إذا نشر المؤلف مصنفه فإنه يجوز الحجز على مايكون موجودا من نسخ : حيث لايرد الحجز فى هذه الحالة على حق الاستغلال ، وإنما يرد على أشياء مادية هى النسخ التى دون أو تمثل فيها المصنف .

وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالى إلا إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف أراد النشر قبل وفاته . إذ أن الخلف فى هذه الحالة لايستطيعون أن يقرروا عدم النشر فيجعلوا الحجز غير مجد .

حـ – *توقيت الحق المالي* : الحق المالى للمؤلف حق مؤقت بطبيعته . فما جعل للمؤلف حق استغلال مصنفه إلا لكى يحصل على مقابل يكافىء الجهد الذهنى الذى بذله وحتى يتوفر له الحافز الشخصى على الإنتاج . ويكفى فى ذلك أن يكون احتكار الاستغلال للمؤلف طول حياته ولورثته بعد وفاته لمدة معقولة . فبعد انقضاء هذه المدة يصبح

المصنف جزءا من الثروة الفكرية للمجتمع البشرى ، وحينئذ يستطيع أى شخص أن يقوم بنشر المصنف دون حاجة إلى إذن بذلك من الورثة ودون الالتزام بدفع تعويض لهم .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد أن ينقضى حق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ٢٠ ٪ ١ من القانون) . وتنطبق هذه القاعدة ، فتحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ، حتى لو كان المصنف لم ينشر إلا بعد وفاته . وإذا كان المصنف مشتركا تحسب هذه المدة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليفه (م ٢٠ ٪ ٢ من القانون) . وتنطبق هذه القاعدة حتى لو كان المصنف المشترك لم ينشر إلا بعد وفاة جميع المشتركين فى تأليفه .

وترد على هذه القاعدة الاستثناءات الآتية :

الاستثناء الأول يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى يقتصر الأمر فيها على نقل المناظر الطبيعية . حيث تكون مدة الحماية فيها خمس عشرة سنة فحسب ، وتحسب هذه المدة من تاريخ أول نشر للمصنف (م ٢٠ ٪ ١ من القانون) .

والاستثناء الثانى يتعلق بنوعين آخرين من المصنفات تبدأ مدة الحماية بالنسبة إليهما ، وهى خمسون سنة ، من تاريخ نشر المصنف : النوع الأول يشمل المصنفات المملوكة للأشخاص الاعتبارية (م ٢٠ ٪ ٢ من القانون) ، إذ أن طبيعة الشخص الاعتبارى تأبى أن تسرى عليه ذات القاعدة الخاصة بالشخص الطبيعى . والنوع الثانى يشمل المصنفات التى تنشر بدون اسم المؤلف أو باسم مستعار . فى هذه الحالة إذا ظل المؤلف مستترا طوال مدة خمسين سنة من تاريخ نشر مصنفه انقضى حق الاستغلال بمضى هذه المدة . أما إذا كشف عن شخصيته قبل انتهاء هذه المدة فإن القاعدة العامة هى التى تنطبق حينئذ ، حيث تحسب المدة من تاريخ وفاته (م ٢١ من القانون) .

وفى جميع الأحوال التى تحسب مدة الحماية فيها من تاريخ النشر تكون العبرة بتاريخ أول نشر للمصنف ، فلا يعتد بتاريخ إعادة النشر . وإذا كان المصنف مكونا من عدة أجزاء نشرت فى أوقات مختلفة اعتبر كل جزء منها مصنفا على حدة ، بحيث تحسب مدة الحماية بالنسبة إلى كل جزء مستقلا عن غيره من الأجزاء (م ٢٤ من القانون) ،

د — انتقال الحق المالى إلى الورثة : يثبت الحق المالى للمؤلف طول حياته، وينتقل بعد وفاته إلى ورثته وفقا للقواعد التى ينتقل بها أى مال آخر من أموال تركته مع مراعاة المدة التى يحددها القانون لقيام هذا الحق (م ١٨/١ من القانون) .

وكما ينتقل الحق بعد وفاة المؤلف بالميراث ، فإنه ينتقل كذلك بالوصية . والقاعدة فى الموصى به أن « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة . وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة » (م ٣٧ من قانون الوصية) . ولكن المادة ١٨ فقرة ثانية من قانون حماية حق المؤلف أوردت حكما استثنائيا فى هذا الخصوص فقالت : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار إليه فى الفقرة السابقة ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية » . وبذلك يجوز للمؤلف أن يوصى بحق استغلال مصنفه إلى من شاء من الورثة أو من غيرهم ، وتنفذ وصيته هذه كلها فى حق الورثة ولو زادت قيمتها على ثلث التركة .

وإذا كان المصنف مشتركا ، ومات أحد المؤلفين المشتركين فى تأليفه دون أن يكون له خلف من وارث أو موصى له ، فإن نصيبه يؤول إلى المشتركين الآخرين أو خلفهم ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ١٨/١ من القانون) .

٢٥٦ — ثالثا : وسائل حماية حق المؤلف :

نظم الشارع فى قانون حماية حق المؤلف الإجراءات التحفظية التى تتخذ فى هذا الخصوص ، ووضع بعض القواعد الخاصة بالجزاء المدنى ، ونظم الجزاء الجنائى .

٢٥٧ — (١) الإجراءات التحفظية :

نظمت المادة ٤٣ من القانون المذكور الإجراءات التحفظية التى يجوز اتخاذها حفظا لحق المؤلف إلى أن يتم الفصل فيما يكون قد وقع على هــذا الحق من اعتداء ، فنصت على أن لرئيس المحكمة الابتدائية ، بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى

أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالإجراءات التالية بالنسبة إلى كل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام المواد ٦ و ٧ فقرة أولى من القانون :

١ — إجراء وصف تفصيلى للمصنف .

٢ — وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته .

٣ — توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه ، سواء كانت كتبا أو صورا أو رسومات أو فوتوغرافيات أو اسطوانات أو ألواحا أو تماثيل أو غير ذلك ، وكذلك على المواد التى تستعمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه إذا كانت هذه المواد لاتصلح إلا لإعادة نشر المصنف .

إنما لا يجوز ، بمقتضى المادة ٤٦ من القانون المذكور ، الحجز على المبانى بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعمارى الذى تكون تصمياته ورسومه قد استخدمت فى إنشائها على وجه غير مشروع . إذ أن تلك المبانى ليست فى حقيقتها نسخا من هذه التصميات أو الرسوم .

٤ — إثبات الأداء العلنى للمصنف أمام الجمهور بإيقاعه أو تمثيله أو إلقائه ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا .

٥ — حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك إذا اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحوال .

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ . كما أن له أن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة ، بحيث لاينفذ الاجراء الذى أمر به إلا إذا تم هذا الايداع .

ويجب على الطالب أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، فإذا لم يرفع فى هذا الميعاد بطلت تلك الاجراءات وزال كل أثر للأمر .

كما تناولت المادة ٤٤ من القانون المذكور التظلم من الأمر الذى يصدر من القاضى وفقا للنص السابق .

٢٥٨ - (٢) الجزاء المدنى :

إذا وقع اعتداء على حق المؤلف كان له ، وفقا للقواعد العامة ، أن يطلب إزالة هذا الاعتداء ، كما له أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر .

فنى خصوص إزالة الاعتداء على حق المؤلف ، أجازت المادة ٤٥ من القانون المذكور للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذى يعتبر نشره اعتداء على هذا الحق أو تأمر بتغيير معالمها أو جعلها غير صالحة للعمل ، وكذلك المواد التى استعملت فى نشر المصنف بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر : وذلك كله على نفقة الطرف المسئول .

على أنه تستثنى من هذه القاعدة التى تجيز للمحكمة الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم حالات ثلاث : إحداها يكون الاستثناء فيها جوازيا ، والآخر بأن يكون الاستثناء فيها وجوبيا :

١ — فإذا كان حق المؤلف سينقضى بعد فترة تقل عن سنتين من تاريخ صدور الحكم جاز للمحكمة ، بدلا من الحكم بإتلاف أو تغيير معالم نسخ المصنف أو صوره والمواد التى استعملت فى نشره ، أن تكتفى بالحكم بالتعويض مع تثبيت الحجز التحفظى على تلك الأشياء وفاء لهذا التعويض . غير أنه يجب ألا يترتب على استعمال المحكمة لهذه الرخصة إخلال بحقوق المؤلف الأدبية ، فإذا كان هناك ثمة إخلال من وراء ذلك وجب على المحكمة الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم (م ٤٥ / ١ من القانون) ؛

٢ — وإذا كان مضمون الاعتداء على حق المؤلف هو ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية على خلاف ما تقضى به المادة الثامنة من القانون ، أى ترجمته بدون إذن المؤلف خلال المدة التى يحمى فيها حقه فى هذه الترجمة وهى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، فلا يجوز الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم ، بل يجب أن يقتصر الحكم على القضاء للمؤلف بالتعويض وتثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وفاء لهذا التعويض (م ٤٥ / ٢ من القانون) ؛

٣ — وإذا اعتدى على حق المؤلف المعمارى بأن استعملت تصميماته ورسومه فى إنشاء مبان على وجه غير مشروع ، فلا يجوز الحكم باتلاف هذه المبانى ، بل يقتصر الحكم على القضاء بالتعويض : حيث قدر الشارع أن إقامة المبانى تكبد من النفقات الباهظة مايجعل الحكم بهدمها مجحفا إجحافاً شديدا بالمخالف فضلا عن منافاته للصالح العام . وقد رأينا فيما تقدم أن هذه المبانى لايجوز كذلك توقيع الحجز عليها (م ٤٦ من القانون) :

وفى خصوص التعويض ، قررت المـادة ٤٥ فقرة ثالثة من القانون المذكور امتيازا للدين الناشئ للمؤلف عن حقه فى التعويض على صافى ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة .

٢٥٩ — (٣) الجزاء الجنائى .

استكمل الشارع فى قانون حماية حق المؤلف هذه الحماية على نحو فعال بتقرير جزاء جنائى . حيث نصت المـادة ٤٧ من هذا القانون على أنه يعتبر مكونا لجريمة التقليد ويعاقب عليها بغرامة لاتقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

١ — من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ فقرة أولى وثالثة من القانون . ويراد بهذا من يقوم بدون إذن المؤلف بنشره المصنف واستغلاله ، أو بإحداث تعديل فيه .

٢ — من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل فى القطر المصرى دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها هذا القانون ؛

٣ — من قلد فى مصر مصنفات منشورة فى الخارج ، وكذا من باع هذه المصنفات أو صورها أو تولى شحنها إلى الخارج :

وفى حالة العود يحكم على الجانى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لاتزيد على ثلاثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز للمحكمة فى حالة العود

الحكم بغلق المؤسسة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذى وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥و٦و٧ فقرة أولى وثالثة التى لاتصلح إلا لهذا النشر، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة .

كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

الباب الثالث

أركان الحق

٢٦٠ - بيان أركان الحق :

تبين لنا من تعريف الحق أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون. ومن ثم تكون الأركان التى يقوم عليها الحق ثلاثة : الأول هو الشخص الذى تثبت له تلك القيمة ، وهذا هو صاحب الحق . والثانى هو العمل أو الشيء الذى تتمثل فيه تلك القيمة ، وهذا هو محل الحق . والثالث هو الواقعة التى يعتبرها القانون منشئة لذلك الثبوت ، وهذه هى مصدر الحق .

غير أن الحق إذا نشأ فانه ينفصل عن مصدره ، ويصبح قوامه ركنين فحسب ، هما الشخص صاحب الحق ومحل الحق. ولهذا نقتصر فى ذلك الباب على دراسة أشخاص الحق ، ومحل الحق . أما مصادر الحق وما يتصل بها فهى موضوع الباب التالى .

الفصل الأول

الأشخاص

٢٦١ - تعريف :

الشخص فى غير المجال القانونى هو الإنسان . أما الشخص la personne ou sujet de droit فى نظر القانون فهو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فهو يشمل الانسان، ويقال له الشخص الطبيعى . كما يشمل جماعة من الأفراد

أو مجموعة من الأموال يسبغ عليها القانون الشخصية القانونية فتصبح شخصا اعتباريا أو معنويا personne morale . ولايشترط لثبوت وصف الشخص لكائن معين أن تتوفر له الصلاحية لكسب جميع الحقوق ، والالتزام بجميع الواجبات، بل يكفى لذلك أن تتوفر الصلاحية لكسب حق واحد .

ومن ثم تكون الشخصية القانونية صلاحية كائن معين لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فهى وصف لا يوجد إلا كاملا ، بمعنى أنها تثبت للشخص ولو لم تتوفر له الصلاحية إلا لكسب حق واحد .

ومن هنا تتميز الشخصية عن أهلية الوجوب . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات، حتى قيل إن أهلية الوجوب هى الشخصية ذاتها . ومن المسلم أن أهلية الوجوب يراد بها تلك الصلاحية، وأنها بهذا المعنى لاتوجد إلا لكائن تتوفر له الشخصية القانونية . غير أنهما تختلفان فى أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لايقبل النقصان، فهى توجد كاملة بصرف النظر عما يمكن للشخص أن يكسبه من حقوق . أما أهلية الوجوب فتعبير عن مدى مايتوفر للشخص من صلاحية فى هذا الخصوص . فبقدر مايستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن توجد كاملة أو ناقصة .

ويتبين من هذا أن الشخص فى نظر القانون يشمل الشخص الطبيعى ، كما يشمل الشخص الاعتبارى : فنتكلم عنهما فيما يلى :

الفرع الأول

الشخص الطبيعى

٢٦٢ - تعريف :

الشخص الطبيعى هو الإنسان . وقديما لم يكن للرقيق شخصية قانونية ، حيث كان لسيده عليه حق ملكية ، فهو والجماد فى هذا سواء . أما اليوم فكل إنسان له شخصية قانونية .

والحيوان ليست له شخصية . والقوانين التى تفرض على الانسان الرفيق بالحيوان لاتخلق من هذا الالتزام حقا للحيوان ، وإنما أساسها فكرة أخلاقية وهدفها مصلحة الإنسان نفسه .

وقد رأينا أن ثبوت الشخصية لكائن معين يكفى فيه أن تتوفر الصلاحية ولو لكسب حق واحد.ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان بصرف النظر عما يمكن أن يكسبه من حقوق أو يلتزم به من واجبات . كما لايشترط لثبوت الشخصية أن تتوفر للإنسان القدرة الارادية لكسب حق أو للتحمل بواجب. فهى تثبت للطفل غير المميز والمجنون رغم كونهما فاقدى الإرادة لانعدام التمييز .

ومن هذا نقسم كلامنا فى هذا الخصوص إلى ثلاثة مباحث ، نتناول فيها مدة الشخصية ، ثم خصائصها المميزة لها ، ثم أهلية الأداء التى تقوم على مدى مايتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية .

المبحث الأول

مدة الشخصية

٢٦٣ — أولا : بدء الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى من التقنين المدنى على أنه « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا . . . » . فيشترط لكى تبدأ شخصية الإنسان شرطان: الأول أن تتم ولادته . ويتحقق ذلك بانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، فلا يكفى خروج جزء منه ولو كان أكثره . والثانى أن تتحقق حياته عند تمام الولادة ، ولو مات اثر ذلك مباشرة . فقبل تمام ولادة الإنسان لاتتأكد شخصيته . وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن .

وهذا الحكم يطابق الرأى السائد فى الفقه الإسلامى ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعى وأحمد ، وبه أخذ قانون المواريث (م ٤٣) وقانون الوصية (م ٣٥) . وهو يخالف مذهب الإمام أبى حنيفة الذى جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تثبت الشخصية للمولود فيرث إذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه .

وعليه إذا ولد الجنين ميتا لاتثبت له الشخصية ، سواء كان موته طبيعيا ، وهذا واضح ومتفق عليه ، أو كان بفعل فاعل ، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة الذى أخذ به القانون . فإذا ضرب رجل امرأة حبلى فأسقطت جنينا ميتا اعتبر كأنه لم يكن . والحكم فى هذه الحالة الأخيرة يخالف مذهب الإمام أبى حنيفة الذى يرى فيها أن الجنين قد ولد حيا حكما فتثبت له الشخصية .

ويكفى أن يولد الجنين حيا حتى تثبت له الشخصية . ولكن القانون الفرنسى يشترط زيادة على ذلك أن يكون الجنين قابلا للحياة ، أى أن تتوفر له جميع الأعضاء التى تجعل حياته أمرا ممكنا . وهذا شرط لايتطلبه القانون المصرى ، وهو على حق فى ذلك ، إذ يتعذر فى كثير من الأحيان التثبت من هذه القابلية مما يؤدى إلى كثير من المنازعات .

وتعلم حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق . فإن لم يثبت شىء من ذلك كان للقاضى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء .

٣٦٤ — الجنين (الحمل المستكن) :

بعد أن ذكرت المادة ٢٩ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، أضافت فى فقرتها الثانية قولها : «ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون» .

وقد كان السائد ، سواء فى فقه الشريعة الإسلامية أو فى فقه القانون الوضعى ، أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب طائفة من الحقوق فحسب . فله الحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه (م٤٢–٤٤ من قانون المواريث) ، وفى استحقاق ماأوصى له به (٣٥ و ٣٦ من قانون الوصية) ، وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من مستحقيه . ومفاد هذا أن الجنين لايكون صالحا لأن تتقرر فى ذمته التزامات . وفيما يتعلق بالحقوق لايكون صالحا لأن يكسب منها إلا تلك التى تثبت لمن توجه إليه دون حاجة إلى صدور قبول منه . فالإقرار بالنسب والوصية والوقف من التصرفات الانفرادية التى تتم بإرادة واحدة ، والإرث واقعة قانونية بمقتضاها يتملك

الوارث أموال التركة بقوة القانون . أما التصرفات التى يلزم لانعقادها قبول من توجه إليه فلا يكون الجنين أهلا لكسب الحقوق منها ، لأن القبول لمن ليس أهلا لايكون إلا من الولى ، والولاية لاتكون إلا بعد الولادة . وبذلك لاتصح الهبة للجنين ، لأنها عقد لابد فيه من إيجاب وقبول . كذلك لايصح البيع له ، لأنه بالإضافة إلى ذلك ، لايكون صالحا للالتزام .

ولكن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ينص على تعيين وصى للجنين . فقد نصت المادة ١/٢٨ منه على أنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضا للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣ » . ونصت المادة ٢٩ منه على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا . ويبقى وصى الحمل المستكن وصيا على المولود ما لم تعين المحكمة غيره » . كما ينص قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أن الوصية للجنين يكون قبولها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية . فقد نصت المادة ١/٢٠ منه على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى . فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية » .

وعلى أساس هذه النصوص فى القانون الوضعى ذهب فريق من الفقه إلى أن الهبة تصح للجنين ، حيث يجوز أن يختار المتبرع للجنين وصيا له يقبل الهبة عنه . ومن ثم تتوفر للجنين الصلاحية لكسب ما هو نافع له نفعاً محضاً دون تفرقة بين ما يشترط القبول لثبوته وما لايشترط . كما أن مقتضى هذا أن تتوفر للجنين كذلك الصلاحية لتحمل الالتزامات التى تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . وهذا هو الرأى السليم . ولا يصح الاعتراض على هذا بأن وصى الجنين هو مجرد أمين للمحافظة على ماله ، فالنصوص التى ذكرناها صريحة فى أن لهذا الوصى الولاية على مال الجنين وله قبول الوصية أو ردها .

ويخلص من كل ماتقدم أن شخصية الانسان تبدأ من وقت الحمل ، وتكون للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعا محضا وتحمل

الالتزامات التى تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . إنما لايتأكد وجود هذه الشخصية إلا من وقت تمام ولادة الانسان حيا . فثبوت الشخصية القانونية للجنين ليس من قبيل الاستثناء كما يفهم من ظاهر نص المادة ٢٩/١ مدنى التى تقدم ذكرها ، وإنما يكون متوقفا على ولادته حيا . فإذا ولد الانسان حيا اعتبر شخصا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن .

ويتفرع على ذلك أن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته حيا . فإذا ولد حيا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالى لايعتبر أنه قد استحق شيئا مما تقرر له من حقوق .

٢٦٥ — ثانيا : نهاية الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى من التقنين المدنى على أن شخصية الإنسان تنتهى بموته . فحياة الإنسان مناط شخصيته ، فإذا مات زالت عنه هذه الشخصية .

وقد ذهب فريق من الفقه الإسلامى وفقه القانون الوضعى إلى أن شخصية الإنسان قد تمتد استثناء بعد موته بطريقة اعتبارية ، فتبقى حياته مقدرة حتى تعتبر أمواله باقية على حكم ملكه إلى أن تسدد ديونه وتنفذ وصاياه . وهذا تصوير يقوم على مجاز لاتدعو إليه ضرورة ، مادام يمكن تحقيق الغرض المقصود وهو حماية دائنى التركة . فالرأى السليم فى هذا الخصوص أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث ، ولكن يتعلق الدين بها ، حيث يكون للدائنين عليها حق أشبه بالرهن . وهذا هو الرأى الراجح فى الفقه ، حيث تنهض به الأصول المنطقية والقانونية ، كما أنه الحل الذى يستفاد من نصوص التقنين المدنى فى تصفية التركة ونصوص قانون الشهر العقارى(١) . ومقتضى هذا أن تنتهى شخصية الإنسان حتما بموته ، فليس هناك ما يدعو إلى افتراض امتداد شخصية المورث بعد وفاته .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى حق الملكية فقرة ٤٨٦ — ٤٨٨ .

٣٦٦ – المفقود :

هناك حالة لايعرف فيها إذا كان الشخص حيا فتظل له شخصيته ، أم ميتا فتزول عنه هذه الشخصية ، وهى حالة المفقود .

والمفقود هو الشخص الذى غاب عن محل إقامته وانقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته . وإذا كان الأصل أن شخصية الانسان لاتنتهى إلا بالموت الحقيقى ، إلا أنه إذا طالت غيبة المفقود فليس من المصلحة أن يترك أمره معلقا دون أن يعرف مصير أمواله ومركز زوجته ولا سيما إذا غلب احتمال وفاته . لهذا يقضى بموت المفقود حكما لاحقيقة على خلاف الأصل ، وبذلك تنتهى شخصيته .

ويلاحظ أن الغائب يشمل المفقود وغيره من الغائبين . فالغائب ، كما يتضح من نص المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال ، يشمل شخصين : الأول هو المفقود بالمعنى الذى ذكرناه . والثانى هو من ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم أوكان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهورية واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها .

كما يلاحظ أن قانون الولاية على المال قد حدد معنى الغائب على هذا النحو للغرض المبين به فحسب ، وهو إقامة وكيل عن الغائب كامل الأهلية يتولى إدارة أمواله متى انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه (م ٧٤ من قانون الولاية على المال) ، وذلك إلى أن يحضر أو يموت أو يحكم بموته مما يدخل فى اختصاص المحكمة الحسبية نظره . فهذا القانون ، وإن كان يفرق بين المفقود والغائب على خلاف الشريعة الإسلامية ، إلا أنه يدمجهما فى حكم واحد لأن الغرض الذى يرمى إليه هو العمل على حماية أموالهما فحسب(١) .

ولكن الذى يعنينا فى هذا الجزء من الدراسة هى حالة المفقود الذى لا تعلم حياته

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية لقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ . وهو القانون الذى ألغى الكتاب الأول منه وحل محله قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ولا وفاته . فعدم تحقق حياة المفقود أووفاته هو الذى يجعل دراسة حالته متصلة بدراسة الشخصية ، حتى نتبين ما إذا كنا سنعتبره أثناء فقده حيا فتبقى له شخصيته أم ميتا فتنتهى هذه الشخصية .

وقد نصت المادة ٣٢ من التقنين المدنى على أنه « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » .

وبمقتضى قانون المحاكم الحسبية تقوم النيابة العامة برعاية مصالح الغائبين لدى هذه المحاكم (م ٥٤) ، كما تختص هذه المحاكم بإثبات الغيبة لتعيين وكلاء عن الغائبين (م ٥٥) ، ويدخل المفقود فى عداد الغائبين كما قلنا . وعلى هذا يمكن لكل ذى مصلحة كوارث أو دائن أو موصى له أو غير هؤلاء من أصحاب المصلحة ، كما يمكن للنيابة العامة أن تحصل على حكم من القاضى بإثبات فقد شخص ، ومتى صدر ذلك الحكم ثبتت لهذا الشخص حالة المفقود .

وبمقتضى قانون الولاية على المال « إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توفرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره » (م ٧٥) : « ويسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » (م ٧٨) .

أما فيما يتعلق باعتبار المفقود حيا أو ميتا فيؤخذ فيه بحكم الشريعة الإسلامية . وبمقتضاه يعتبر المفقود حيا فى حق الأحكام التى تضره ، وهى التى تتوقف على ثبوت موته ، فلا يتزوج زوجته أحد(١) ، ولا يقسم ماله على ورثته ، ولا تفسخ إجاراته (م ٥٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . ويعتبر ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره ، وهى المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه فى الإرث وقسطه فى الوصية

---

(١) لكن يجوز للزوجة فى هذه الحالة أن تطلب إلى القاضى تطليقها إذا تضررت من غيبة الزوج سنة فأكثر . وذلك وفقا لحكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه « إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته (م ٥٧٧ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) ».
وقد نصت المادة ٤٥ من قانون المواريث على هذا الحكم بالنسبة إلى الميراث فقالت :
« يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ مابقى من نصيبه بأيدى الورثة » .

وفيما يتعلق بالوقت الذى يحكم فيه بموت المفقود نصت المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، على أنه « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى الأربع سنوات ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم — وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا(١) » . ويتضح من هذا النص أنه تجب التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى ، أن يكون المفقود قد غاب فى ظروف يغلب فيها الهلاك ، كمن فقد عند وقوع حرب أو غرق أو حريق أو زلزال أو نحو ذلك من الكوارث . حيث يحكم القاضى بموته بناء على طلب ذوى الشأن بعد مضى أربع سنوات على الأقل من وقت فقده .

على أنه بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية

(١) كان المعمول به قبل ذلك ، وفقا المذهب الحنفى ، أنه يحكم بموت المفقود إذا انقرضت أقرانه فى بلده . فإن تعذر الفحص عن الأقران وحكم القاضى بموته بعد مضى تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه (م ٥٧٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . ثم أصدر الشارع المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أخذ بحكم آخر من مذهب الإمام أحمد بن حنبل يتفق مع الحاجات العملية ، وهو الحكم المذكور فى المادة ٢١ منه فيما عدا مايتعلق بأفراد القوات المسلحة . ثم أضاف الشارع إلى هذه المادة بمقتضى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، الحكم الخاص بأفراد القوات المسلحة .

يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى الأربع سنوات المذكورة ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

والحالة الثانية ، أن يكون المفقود قد غاب فى ظروف لايغلب فيها الهلاك ، كما إذا هجر موطنه إلى مكان غير معلوم أو سافر فى مهمة وانقطعت أخباره . حيث يترك أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . ولكنها من باب الأولى ، بالنسبة إلى الحالة الأولى ، يجب ألا تقل عن أربع سنوات . فهى تكون أربع سنوات أو أكثر بحسب تقدير القاضى للظروف .

وفى الحالتين يجب على القاضى ، قبل أن يحكم بموت المفقود ، أن يتحرى عنه فى مظان وجوده بجميع الطرق الممكنة التى من شأنها أن توصل إلى معرفة إن كان حيا أو ميتا .

فإذا حكم بموت المفقود اعتبر فى حكم الميت ، وبالتالى تنتهى شخصيته . والموت هنا حكمى ، لأن موت المفقود غير متيقن ، وقد يظهر بعد ذلك أنه مازال على قيد الحياة .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام لاتمنع كل ذى شأن ، كالزوجة أو الورثة ، من أن يدعى موت المفقود ، حتى قبل انقضاء أربع سنوات على فقده ، فإن ثبتت الدعوى انتهت شخصية المفقود بموته حقيقه لاحكما . إذ أنه حينئذ تنتهى حالة الفقد (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) بالعلم بموت المفقود .

ومتى حكم بموت المفقود ، أو صدر قرار من وزير الحربية باعتباره ميتا فى الحدود التى تقدم ذكرها ، اعتبر ميتا بالنسبة إلى ماله من يوم الحكم ، وبالنسبة إلى مال غيره من يوم الفقد . فتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار بموته (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلة)(١) . ويرد القسط الموقوف له

(١) عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ بما يتفق مع الحكم الذى أضيف إلى المادة ٢١ بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة ، فأصبحت تجرى على النحو الآتى : « بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتا على الوجه المبين بالمادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار » .

من تركة مورثه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث (م ٤٥ من قانون المواريث). ويرد الموصى له به إلى ورثة الموصى (م ٥٧٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا).

وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلة)، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من يوم الحكم أو القرار بالموت:

وإذا علمت حياة المفقود أو حضر حيا، فإن كان ذلك قبل الحكم أو صدور قرار بموته، فإنه يرث من مات قبل ذلك من أقاربه ويستحق ما كان موصى له به: وإن كان ظهوره حيا بعد الحكم بموته، فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له، ولا يطالب أحد منهم بما تصرف فيه (م ٥٨٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا)، لأنه ملكه بحكم القاضى، فإذا تصرف فيه فلا يجب عليه ضمانه. وكذلك الحكم بالنسبة إلى ما بقى فى أيدى ورثة مورثه من نصيبه الذى رد إليهم (م ٤٥ من قانون المواريث):

أما زوجته فهى له إن كانت لم تتزوج، أو تزوجت ولم يدخل بها. أما إذا كانت قد تزوجت غيره ودخل بها غير عالم بحياة المفقود، فهى للزوج الثانى، ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول (م ٨ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٠)(١):

٢٦٧ – ثالثا: إثبات الولادة والوفاة:

رأينا أن الولادة تتأكد بها شخصية الإنسان، وأن الوفاة تنتهى بها هذه الشخصية. ومقتضى هذا أن ثبوت الولادة والوفاة يؤدى إلى تحقق الآثار القانونية التى تترتب على وجود الشخصية أو زوالها.

وقد نصت المادة ٣٠ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ — تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك. ٢ — فإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم

---

(١) تجرى هذه المادة على النحو الآتى: « إذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى فزوجته له، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت للثانى، ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول ».

صحة ماأدرج فى السجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . ونصت المادة ٣١ على أن « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ينظمها قانون خاص » :

والقانون الخاص الذى تسرى أحكامه فى هذا الشأن هو القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية . وبمقتضاه تختص مكاتب السجل المدنى بتسجيل واقعات الأحوال المدنية من ولادة وزواج وطلاق ووفاة (م ٢) : ويعد فى كل مكتب سجل لقيد كل واقعة من هذه الوقائع (م ٤) . ولكل شخص أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من القيود والوثائق المتعلقة به أو بأصوله أو بفروعه أو بأزواجه ، ويجوز للسلطات العامة طلب صورة رسمية من أى قيد أو وثيقة ، كما يجوز إعطاء هذه الصورة لكل من يثبت لدى أمين السجل المدنى أن له مصلحة فيها من غير هؤلاء (م ١٠) ؛

ويتم القيد فى هذه السجلات بناء على تبليغ من الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم واجب التبليغ . وقد عدد القانون هؤلاء الأشخاص ، سواء فى حالة الولادة (م ١٧) أو فى حالة الوفاة (م ٣١) ، كما نظم الإجراءات التى تتخذ فى الحالتين للقيام بالتبليغ :

وفيما يتعلق بحجية هذه السجلات فى الإثبات نصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه « تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها مالم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم » ؛

وعليه فالأصل أن شهادة الميلاد أو الوفاة ، وهى صورة رسمية تستخرج من السجل المدنى ، أو البيانات المتعلقة بذلك فى هذا السجل ، كافية لإثبات الولادة أو الوفاة (م ١١ المذكورة) . ولكن إذا لم توجد تلك البيانات لأى سبب من الأسباب ، أو تمكن ذوو الشأن من إثبات عدم صحة ماأدرج فى هذا السجل ، جاز الإثبات بكافة الطرق (م ٣٠ مدنى) : غير أنه فى هذه الحالة يكون إثبات مايتفرع على واقعة الولادة من نسب خاضعا لقواعد الأحوال الشخصية ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية فى ثبوت النسب بالنسبة إلى المسلمين (١) ، وتتبع أحكام الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين

---

(١) ومن هذه الأحكام مانصت عليه المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أنه ولاتسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى —

فى الحدود التى تقدم ذكرها عند الكلام فى الدين كمصدر رسمى للقانون(١) .

المبحث الثانى

خصائص الشخصية

٢٦٨ – بيان هذه الخصائص :

نبدأ فى هذا المقام بالكلام فى الذمة المالية باعتبارها تعبيرا عن مجموع ماللشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، إذ أنها بهذا المعنى لاتوجد إلا مستندة إلى شخص. ثم تتناول حالة الشخص ، واسمه ، وموطنه. فهذه هى الخصائص المميزة للشخصية :

المطلب الأول

الذمة المالية

٢٦٩ – التعريف بالذمة المالية :

الذمة المالية le patrimoine هى مجموع ماللشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية .

فالذمة المالية لاتشمل من حقوق الشخص وواجباته إلا ما كانت له قيمة مالية . ولها جانبان : جانب إيجابى l'actif يشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية فى ناحيتها المالية وماهو مالى من حقوق الأسرة : وجانب سلبى le passif يشمل التكاليف العينية التى تكون للغير على عين مملوكة للشخص والالتزامات الشخصية : ويلاحظ أن الحق الشخصى يتمثل فى علاقة بين شخصين هما

= بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٩٢ .

الدائن والمدين كما عرفنا ، ولذلك يكون عنصرا إيجابيا أى حقا فى ذمة الدائن ، ويكون عنصرا سلبيا أى التزاما فى ذمة المدين . ولا تشمل الذمة الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وما هو أدنى من حقوق الأسرة والحقوق المعنوية فى ناحيتها الأدبية والواجب العام المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير أيا كان نوعها والتكاليف العامة غير المالية كواجب أداء الخدمة العسكرية .

وقد ظهرت فى خصوص فكرة الذمة المالية نظريات ثلاث نعرض لها ، كى نخلص إلى حقيقة الأمر فيما يتعلق بهذه الفكرة . وهى النظرية التقليدية التى يقال لها نظرية الشخصية ، ونظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض ، والنظرية الحديثة .

٢٧٠ – أولا : النظرية التقليدية : نظرية الشخصية :

تقوم هذه النظرية على أساس استخلاص فكرة الذمة المالية من فكرة الشخصية . فهى تربط بينهما برباط وثيق ، ولذلك سميت بنظرية الشخصية . وهى تنسب إلى الفقيهين الفرنسيين أوبرى ورو Aubry et Rau . وقد ظلت سائدة فى الفقه إلى أوائل القرن الحالى .

فالذمة المالية فى هذه النظرية هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلة ، باعتبارها مجموعة قانونية أو معنوية . فهى توجد حتى ولو لم تكن هناك حقوق وواجبات ، مادام يحتمل أن تنشأ حقوق وواجبات فى المستقبل . حيث تكون للطفل الذى لم يتلق بعد حقا أو يتحمل بواجب . ومن هنا يعتبرها أصحاب النظرية ناحية من نواحى الشخصية ، فهى الجانب المالى للشخصية ، أى أنها صلاحية الشخص لان تتعلق به حقوق وواجبات مالية .

وهذه الصياغة تطابق ماذهب إليه رجال الفقه الإسلامى . فهم يعرفون الذمة بأنها وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه ، أو أهلا للالتزام والإلزام . فهى فى نظرهم أمر مفترض وجوده شرعا فى الإنسان الحى ، وهذا الأمر يعتبر محلا لجميع الحقوق والالتزامات .

إنما تختلف الذمة فى النظرية التقليدية عنها فى الفقه الإسلامى من ناحية المدى : فهى فى النظرية التقليدية تقتصر على الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات المالية ، أما فى الفقه الإسلامى فهى صلاحية لكسب جميع الحقوق والتحمل بجميع الواجبات سواء كانت مالية أو غير مالية .

وتترتب على اعتبـــار الذمة فى النظرية التقليدية ناحية من نواحى الشخصية النتائج الآتية :

(١) لابد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة إلى شخص : فما دامت هى الجانب المالى للشخصية ، فلا يتصور أن تكون هنا ذمة لاتستند إلى شخص .

(٢) لكل شخص حتما ذمة مالية ، حتى لو لم يكن له حق أو عليه واجب : فما دامت الشخصية موجودة ، فالشخص صالح لأن يكسب حقوقا أو يلتزم بواجبات فى المستقبل ، وبذلك تكون له ذمة ، إذهى الجانب المالى للشخصية .

(٣) تلازم الذمة الشخصيةمنذ بدايتها حتى نهايتها ، فتكون مثلها واحدة لاتتعدد ولا تتجزأ ولا تنتقل من شخص إلى آخر : فوحدة الذمة نتيجة حتمية لكونها جانبا من جوانب الشخصية : فالشخص لا يكون له سوى ذمة واحـــدة ، لأنه لا يمكن أن تكون له إلا شخصية واحدة.وهذا الاعتبار لايتصور معه أن تتجزأ الذمة أوتتعدد. كذلك لايمكن أن تنتقل ذمة الشخص إلى آخر ، لأنها ناحية من شخصيته التى لايمكن أن تنتقل إلى غيره .

٢٧١ — نقد نظرية الشخصية :

يلاحظ على هذه النظرية المآخذ الآتية :

(١) فاعتبار الذمة مجرد صلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات لايضيف شيئا جديدا إلى معنى الشخصية ، فقد عرفنا أن الشخصية يراد بها هذه الصلاحية ذاتها. ولو أننا اكتفينا باعتبار الذمة مجموع ماللشخص وما عليه من حقوق وواجباب مالية ، دون أن نربط بينها وبين الشخصية ، لأمكننا أن نتصور شخصا بدون ذمة ، ومن ثم لايتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية .

(٢) وكون الذمة المالية لابد من أن تستند إلى شخص لايقتضى أن نأخذ بالتصوير الذى جاءت به النظرية ، بل يكفى للوصول إلى ذلك أن تعتبر الذمة مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية كما قلنا . فقد رأينا أن الشخص هو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وهو مايؤدى إلى ضرورة استناد الذمة بمعنى أنها مجموع من الحقوق والواجبات إلى شخص .

(٣) والقول إن الذمة لاتتعدد ولا تتجزأ إنما دعا إليه الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهو قول لايتفق مع أحكام القانون ، حيث نجد حالات يخضع القانون فيها مجموعة معينة من أموال الشخص والتزاماته لنظام قانونى خاص يختلف عن القواعد القانونية العامة التى تخضع لها بقية أمواله والتزاماته : أى أن هذه حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة . وليس يكفى لدفع هذه الملاحظة ماقيل من أن المجموعات المالية التى توجد فى مثل هذه الحالات داخل الذمة لاتكون ذمماً أخرى ، وإنما هى مجرد أنظمة أوجدها الشارع لحماية فريق من الأشخاص ، وبذلك لاينتافى وجودها مع وحدة الذمة : إذ ليس هناك مايدعو إلى التشبث بتصوير ينطوى على تجاهل لحقائق اجتماعية يقرها الشارع فيكفل لها التنظيم الذى يؤدى إلى تحقيق الأغراض المقصودة منها . ومن أمثلة تلك الحالات مايأتى :

١ — فللقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) : وللقاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله الخاص ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزامه حدود المال الذى كسبه من هذا العمل (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) : ففى هاتين الحالتين نجد الأموال التى تخصص لنفقة القاصر ، أو التى يكسبها من عمله الخاص ، تكون مجموعة مستقلة لها نظامها القانونى الخاص : أى أنه توجد فى نطاق الذمة المالية للقاصر مجموعة معينة من الأموال لايصح الالتزام إلا فى حدودها :

٢ — ولمالك السفينة الحق فى تركها كى يقتضى أصحاب الديون التى نشأت بسبب السفينة وسفرها حقوقهم من ثمنها ومن أجرتها (م ٣٠ تجارى بحرى) . فى هذه الحالة

تبقى السفينة على ملك صاحبها ، ولكنها تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام الذى يخضع له باقى أمواله ، حيث ينحصر ضمان الدائنين فى السفينة والأجرة ، فلا يكون لهم التنفيذ على أموال المالك الأخرى .

٣ — وتعتبر التركة مجموعة من الأموال والالتزامات تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام الذى تخضع له أموال الوارث الأخرى . فبمجرد موت المورث تنتقل أمواله والتزاماته إلى الوارث ، ولكن ضمان دائنى المورث ينحصر فى أموال التركة ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة الأخرى ولو كانت أموال التركة لاتكفى للوفاء بديونهم ، ولا يسأل الوارث عن ديون المورث إلا فى حدود ماتلقاه من أموال التركة(١) . ومعنى ذلك أن التركة تكون مجموعة معينة من الأموال والالتزامات فى نطاق الذمة المالية للوارث .

ففى هذه الحالات نجد مالا أو مجموعة من أموال الشخص مخصصة لغرض معين ، وهذا يؤدى إلى خضوعها لقواعد خاصة تكفل تحقيق هذا الغرض ، بحيث تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أموال الشخص .

٤ — وما تقوله النظرية التقليدية من أن الذمة لاتنتقل من شخص إلى آخر إنما مرده كذلك ماقلناه من الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهذا القول يتعارض مع نظام الميراث . حيث تنتقل ذمة المورث ، أى حقوقه والتزاماته ، إلى الوارث كما ذكرنا . وقد رد على ذلك أنصار النظرية بقولهم إن شخصية الوارث تعتبر إمتداداً لشخصية المورث ، ومن ثم لايتضمن الميراث انتقالا للذمة من شخص إلى آخر ، حيث يعتبر المورث والوارث شخصاً واحداً . ولا يخفى ماينطوى عليه هذا القول من افتراض يخالف الحقيقة . فشخصية الوارث فى قانوننا مستقلة عن شخصية المورث ، ولهذا رأينا أن ضمان دائنى المورث ينحصر فى أموال التركة .

---

(١) انظر فى تفصيل هذا كتابنا فى حق الملكية فقرة ٤٨٥ — ٤٨٨ و ٤٩١ .

٢٧٢ – ثانيا : نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض :

تفصل هذه النظرية فصلا تاما بين فكرة الذمة المالية وفكرة الشخصية القانونية، وذلك على عكس ماتقول به النظرية التقليدية . فهى تجعل العبرة فى وجود الذمة المالية بالغرض الذى يخصص له مجموع معين من الحقوق والالتزامات، ولذلك سميت بنظرية ذمة التخصيص أو نظرية ذمة الغرض . وقد قال بها فريق من الفقهاء الألمان على رأسهم الفقيه برنز Brinz .

فالذمة المالية فى هذه النظرية هى مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين : فالذى يجمع بين عناصر هذا المجموع فيجعل منها ذمة مالية، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيصها لغرض معين . بحيث يصح أن توجد الذمة بهذا المعنى ولو لم تكن مستندة إلى شخص .

وقد أراد أصحاب النظرية بهذا التصوير الاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتبارى أو المعنوى : فهم يقصرون الشخصية القانونية على الشخص الطبيعى ، وهو الإنسان : أما إعطاء هذه الشخصية لمجموعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، أو لمجموعة من الأموال كالمؤسسة ، بوصفها شخصا اعتباريا ، فهى فى نظرهم مجرد افتراض يخالف الواقع ، لأنه يعنى نسبة الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة إلى شخص افتراضى لا وجود له . فالغاية التى يراد تحقيقها من إعطاء مثل هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال الشخصية القانونية هو أن نجعل من الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط هذه المجموعات ذمة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها ، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذى خصصت له دون أن تستند فى وجودها إلى شخص ما .

ويترتب على هذا التصوير عكس النتائج التى رأيناها فى النظرية التقليدية :

١ – فليس حتما أن يكون هناك شخص تستند إليه الذمة . فقد توجد الذمة المالية

دون أن تكون مستندة إلى شخص ، حيث يكفى لوجودها أن يكون هناك مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين . وتلك أهم نتيجة أراد أصحاب النظرية أن يصلوا إليها للاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى كما ذكرنا .

٢ — وليس حتما كذلك أن يكون لكل شخص ذمة . فادام أن الذمة مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين ، فيمكن أن يوجد شخص ليس له حق وليس عليه التزام فلا تكون له ذمة .

٣ — وقد يكون للشخص أكثر من ذمة ، فتتعدد الذمم بتعدد الأغراض التى تخصص لها أمواله . وذلك كما فى الحالات التى ذكرناها فيما تقدم عند نقد النظرية التقليدية كأمثلة على تجزئة الذمة ، إذ يرى أنصار نظرية ذمة التخصيص أنه فى مثل هذه الحالات تكون كل مجموعه من الحقوق والالتزامات ذمة مستقلة .

٤ — يمكن أن تنتقل الذمة من شخص إلى آخر بالميراث أو بالتصرف ، فيشمل هذا الانتقال فى الحالين مجموع مافى الذمة من حقوق والتزامات .

٢٧٣ — نقد نظرية ذمة التخصيص :

يؤخذ على هذه النظرية ماذهبت إليه من أن الذى يجمع بين عناصر مجموع معين من الحقوق والواجبات فيجعل منها ذمة مالية ، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيصها لغرض معين ، بحيث يصح أن توجد الذمة دون أن تكون مستندة إلى شخص .

حيث تتعارض هذه الفكرة مع ماهو مسلم فى قانوننا ، بل وفى القوانين الحديثة بوجه عام ، من أن الحقوق والالتزامات لاتوجد إلا مستندة إلى شخص معين ، سواء كان هـــذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا . وسنرى أن القانون المصرى يخلع الشخصية الاعتبارية على الشركات والجمعيات والمؤسسات . وإذا كان أنصار النظرية قد لجأوا إلى هذه الفكرة للاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتبارى ، فإن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضل نظرية ذمة التخصيص من ناحيتين : الأولى أن نظرية ذمة التخصيص تقصر عن تفسير مالا يتصل بالنشاط المالى ، بينما تستوعب نظرية الشخصية الاعتبارية

كل ألوان النشاط التى تسمح بها طبيعة الشخص الاعتبارى . والثانية أن الشخصية الاعتبارية لاتقوم على أساس الافتراض ، وإنما تستند إلى حقيقة واقعية كما سنرى .

٢٧٤ — مدى فائدة فكرة التخصيص :

إذا كانت نظرية ذمة التخصيص منتقدة فى فكرتها الأساسية ، وهى إمكان وجود ذمة لاتستند إلى شخص ، فإنها قد أفادت فى تمييز بعض عناصر ذمة الشخص باخضاعها لنظام قانونى خاص يكفل تحقيق الغرض الذى خصصت له . فقد رأينا أن هناك حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقا لأغراض معينة ، كما هو الشأن فى حالة القاصر ومالك السفينة والتركة ،حيث يخضع مجموع من أموال الشخص والتزاماته لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أمواله(١) .

على أنه يلاحظ أن تجزئة الذمة على هذا النحو من التخصيص لا يتحقق بإرادة الأفراد ، وإنما يقرره القانون . فالشارع وحده هو الذى يقرر خضوع مجموع معين من أموال الشخص وإلتزاماته لنظام قانونى خاص تحقيقا لغرض معين . إذ أن التخصيص بهذا المعنى يمس نظام الائتمان الذى يتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام الإقتصادى ، ولذلك يجب أن يكون بيد الشارع لا بإرادة الأفراد . فلا يجوز مثلا لشخص أن يعلن تخصيص مجموع من أمواله لغرض معين بحيث لايجوز للدائنين فى خارج هذا النطاق أن ينفذوا على تلك الأموال .

٢٧٥ — ثالثا : النظرية الحديثة :

يرفض جمهور الفقه الحديث أن يربط بين فكرة الذمة المالية والشخصية على نحو ماجاء فى النظرية التقليدية : فهو لا يعتبر الذمة ناحية من نواحى الشخصية ، ولكنه يحتفظ من النظرية التقليدية بفكرة أن الذمة المالية مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر التى تدخل فيها :

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧١ .

فالذمة المالية فى النظرية الحديثة هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلة ، بإعتبارها مجموعة قانونية تفقد فيها عناصر ذاتيتها فلا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية . والتغييرات التى تطرأ على هذه العناصر فتزيد من العناصر الإيجابية أو السلبية أو تنقص منها ليس من شأنها أن تغير من طبيعة الذمة أو تحول دون بقائها كوحدة متميزة . فالحقوق والواجبات التى تدخل فى الذمة قد تنتهى ويحل محلها حقوق وواجبات أخرى . والواجبات قد تزيد فى قيمتها عن قيمة الحقوق ، فيطغى الجانب السلبى للذمة على جانبهـــا الإيجابى . ومع ذلك تظل الذمة قائمة كمجموعة موحدة .

وعليه فالذمة المالية بهذا التصوير ليست حقيقة مادية ، وإنما هى صياغة قانونية تقوم على كونها مجموعة معنوية . وقد أريد بهذه الصياغة تفسير فريق من القواعد القانونية ، أهمها حق الضمان العام للدائنين ، وانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة . ومن ثم يجدر أن نتبين مدى لزوم تلك الصياغة للوصول إلى هذا التفسير :

(١) ففيما يتعلق بحق الضمان العام للدائنين ، يقول أنصار النظرية إنه يتعلق بالذمة فى مجموعها ، فهو يتناولها بإعتبارها مجموعة قانونية متميزة عن العناصر التى تدخل فيها ، فلا يرد على عنصر بعينه من هذه العناصر . وبذلك لا يقف ضمان الدائن عند أموال المدين الحاضرة التى تكون له وقت نشوء الدين ، بل يمتد إلى أمواله المستقبلة . ومعنى ذلك أن الدائنين يمكنهم أن ينفذوا بحقوقهم ليس فقط على مايدخل فى الذمة وقت نشوء هذه الحقوق ، بل وكذلك على مايدخل فيها بعد ذلك . كما يكون للمدين أن يتصرف فى أمواله دون أن يكون لدائنيه أن يعترضوا على ذلك مادام لم يقع منه غش أو ماهو فى حكمه .

وقد لوحظ على هذا القول أن اعتبار الذمة محلا للضمان العام ينطوى على تناقض ، ذلك أن الذمة تشمل الحقوق والالتزامات ، ومن ثم لا يتصور أن تشترك التزامات الشخص مع حقوقه فى ضمان التزاماته . ولذلك فإن كثيرا من أنصار النظرية يتفادون هذا النقد بقولهم إن محل الضمان العام هو الجانب الإيجابى من ذمة المدين .

ويتضح من هذا أن اعتبار الذمة مجموعة متميزة عن العناصر التى تدخل فيها ، وكون حق الضمان العام الذى للدائنين ينصب على الذمة فى مجموعها وليس على هذه

العناصر بأعيانها ، يترتب عليه فى نظر أنصار النظرية أمران : الأول أن يكون للمدين أن يتصرف فى أمواله دون أن يكون لدائنيه أن يعترضوا على تصرفاته : والثانى أن يكون للدائنين أن ينفذوا على جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منها بعد نشوء الدين.

والواقع أن حق الضمان العام للدائنين ليس إلا تعبيرا عن القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (م٢٣٤ ٪ ١ مدنى). وهذا يعنى أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء الإختيارى استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على أى مال من أموال المدين كى يباع هذا المال جبرا ويقتضى الدائن حقه من الثمن . وحق الدائن فى التنفيذ على هذا النحو لا يمتد إلى ماتصرف فيه المدين من أمواله قبل التنفيذ، ولكنه يشمل كل مايكون مملوكا للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين : ومرد هذا إلى طبيعة الحق الشخصى من ناحية ، وفكرة الإجبار على الوفاء التى ينطوى عليها عنصر المسئولية فى الإلتزام (١) من ناحية أخرى : فقد رأينا أن الحق الشخصى محله عمل يقوم به المدين ، فهو لايتعلق بمال معين من أموال المدين ، ومقتضى هذا أنه إذا تصرف المدين فى مال من أمواله قبل التنفيذ فلا يستطيع الدائن أن يتتبعه للتنفيذ عليه لأن حقه لا يرد عليه . كما أن عنصر المسئولية فى الالتزام مؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به باختياره، ومقتضى هذا أن يكون للدائن أن ينفذ على أى مال مملوك للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين لأنه أصبح مملوكا له وقت إجباره على الوفاء ، ولايكون للدائن أن ينفذ على ماتصرف فيه المدين قبل التنفيذ لأنه لم يعد مملوكا له وقت إجباره على الوفاء :

ويتبين من هذا أن النتائج التى أراد أنصار النظرية الوصول إليها إنما تتحقق دون حاجة إلى تصوير الذمة على النحو الذى ذهبوا إليه، وذلك فى ضوء طبيعة الحق الشخصى الذى يرد على عمل يقوم به المدين وليس على مال معين من أمواله ، وفى ضوء مسئولية

---

(١) يتحلل الالتزام ، وهو الحق الشخصى ، إلى عنصرين : الأول هو عنصر المديونية ، وهو الواجب القانونى الذى على المدين ، والذى مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين ، وهذا الواجب ينقضى بالوفاء الاختيارى . والعنصر الثانى هو المسئولية ، ومؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه ، وهذه المسئولية تقع على المدين فى ماله لا فى جسمه .

المدين التى يقوم عليها حق الدائن فى إجبـــاره على الوفاء من الأموال المملوكة له وقت التنفيذ .

(٢) وفيما يتعلق بانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة يقول أنصار النظرية إن اعتبار الذمة مجموعة مستقلة عن العناصر التى تدخل فيها هو الذى يفسر هذا الانتقال .

والواقع أنه لايبدو واضحا من الناحية المنطقية كيف يؤدى هذا الاعتبار إلى انتقال إلتزامات المورث إلى الورثة مع أمواله : إن تصوير الذمة على هذا النحو ليس من شأنه أن يفسر انتقال التزامات المورث إلى الورثة ، وإنما يقوم هذا الانتقال على أساس من اعتبارات العدالة ومقتضيات الائتمان : فهذه الاعتبارات والمقتضيات هى التى تدعو إلى تحميل الوارث بالتزامات المورث مادام أنه يتلقى أموال التركة بدون مقابل :

ولسنا فى حاجة إلى هذا التصوير كأداة فنية للربط بين أموال المورث والتزاماته فى هذا الانتقال كما يقول بعض أنصار النظرية : فالحل الراجح فى الشريعة الإسلامية ، وهو الذى يأخذ به قانوننا الوضعى ، أن حقوق دائنى المورث تتعلق بأموال التركة : فهذه الأموال تنتقل إلى الورثة محملة بحق عينى تبعى لصالح هؤلاء الدائنين ، هو بمثابة رهن يقرره القانون لضمان الوفاء بديون التركة : ومقتضى هذا أن يكون لهؤلاء الدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على تلك الأموال دون أن يكون فى استطاعة دائنى الوارث مزاحمتهم فى هذا المجال .

٢٧٦ — الذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية :

يخلص من كل ماتقدم أن الذمة المالية ليست جانبا من جوانب الشخصية. وليست قائمة على تخصيص عناصرها لغرض معين يكفى لوجودها ولو لم تكن مستندة إلى شخص . وليست مجموعة قانونية أو معنوية مستقلة عن العناصر التى تدخل فيها . فأى تصوير أو صياغة من هذا القبيل لا يطابق الواقع ولا توجبه ضرورة تدعو إلى تفسير بعض القواعد القانونية .

فالذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ماللشخص وماعليه من حقوق وواجبات مالية . فهى تعبير عن حقيقة مادية ، بحيث يمكن أن نتصور شخصا لا ذمة له إذا فرضنا أن ليس له حق أو عليه واجب ، ولا توجد الذمة إلا مستندة إلى شخص . ويمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر بالميراث أو الوصية ، كما يمكن أن تتجزأ إذا أخضع القانون مجموعا معينا منها لنظام خاص يختلف عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أموال الشخص .

المطلب الثانى

الحـــالة

٢٧٧ – *تعريف* :

حالة état الشخص صفات معينة تتوفر له فيرتب عليها القانون آثارا معينة . وهذه الصفات هى كون الشخص منتميا إلى دولة معينة ، وإلى أسرة معينة ، وأحيانا إلى دين معين . حيث يتحدد مركز الشخص فى ضوء هذه الصفات ، فتثبت له حقوق وتقع عليه واجبات فى الحدود التى يقررها القانون .

ونعرض الآن لعناصر الحالة ، وهى الجنسية التى تحدد حالة الشخص السياسية ، والأسرة التى تحدد حالته العائلية ، والدين الذى يحدد حالته الدينية .

٢٧٨ – (١) *الجنسية* :

تتحدد الحالة السياسية للشخص بحسب جنسيته . والجنسية nationalité رابطة تبعية سياسية بين الشخص والدولة . فالوطنى فى دولة معينة هو الذى يتمتع بجنسيتها ، والأجنبى هو الذى لايتمتع بهذه الجنسية .

وينطوى تحديد جنسية الشخص على أهمية بالغة فيما يتعلق بمركز الأجانب بالنسبة إلى الوطنيين . إذ أن هناك حقوقا وواجبات تقتصر على الوطنيين . فالأصل فى الحقوق السياسية ، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولى الوظائف ، أن تكون قاصرة

على الوطنيين، حيث لايساهم فى إدارة شئون الدولة إلا من ينتمى إليها بجنسيته . ولكن يجوز استثناء من هذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب : وهناك بعض من الحقوق العامة يقتصر على الوطنيين ، كعدم جواز إبعاد الوطنى عن أراضى الدولة . فالأجنبى يجوز إبعاده إذا كان فى وجوده مايهدد الأمن العام أو الآداب العامة، كما يخضع فى إقامته لشروط معينة يحددها القانون . ويعفى الأجانب من واجب أداء الخدمة العسكرية. وقد يحرم الأجانب من بعض الحقوق المدنية ، ففى كثير من الدول لايجوز لهم تملك العقارات ولا سيما الأراضى الزراعية ، كما يحظر عليهم ممارسة مهن معينة كالطب والمحاماة.

على أن هناك حدا أدنى من الحقوق يجب على جميع الدول أن تكفله للأجانب، وهو حد تفرضه قواعد القانون الدولى العام . إذ لابد من أن تتوفر للأجنبى الحقوق المدنية التى تحميه فى كيانه وحريته وتمكنه من مزاولته نشاطه الضرورى المعتاد :

كذلك للجنسية أهميتها فى بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبى . فقد رأينا أن القانون الدولى الخاص يعنى بصفة أساسية ببيان هاتين المسألتين ، ولذلك تعتبر الجنسية فى هذا القانون من المسائل الأولية التى تساهم فى تعيين الاختصاص القضائى أو التشريعى(١) .

والجنسية إما أصلية ، أو طارئة أى مكتسبة :

(١) فالجنسية الأصلية هى التى تثبت للشخص عند ميلاده : وهى تتحدد إما على أساس النسب ، وهو مايقال له حق الدم jus sanguinis ، وبه يأخذ الولد جنسية أبيه أو أمه ، وإما على أساس محل الميلاد ، وهو مايقال له حق الإقليم jus soli ، وبه يكسب من يولد على إقليم معين جنسيته : والغالب أن يجمع الشارع بين الطريقتين بنسبة تختلف باختلاف البلاد :

والأساس الأول فى القانون المصرى هو رابطة أو حق الدم ،حيث يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية : أما الميلاد فى الأراضى

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٦ .

المصرية فلا يكفي وحده لثبوت هذه الجنسية إلا فى حالة واحدة، وهى أن يولد الشخص فى مصر من أبوين مجهولين . وهناك حالتان تثبت فيهما هذه الجنسية على الأساسين معا : الأولى أن يولد الشخص فى مصر من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو عديم الجنسية ، والثانية أن يولد الشخص فى مصر من أم مصرية دون أن تثبت نسبته إلى أبيه قانونا (انظر المادة الثانية من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن جنسية الجمهورية العربية المتحدة) .

(٢) أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة فهى التى يكسبها الشخص فى تاريخ لاحق لميلاده . وهى تكسب عادة بسبب الزواج أو بالتجنس :

ففيما يتعلق بالزواج قد يترتب على زواج الأجنبية من أحد الوطنيين أن تكسب جنسيته، كما هى الحال فى كثير من البلاد . وقد نصت المادة ١٣ من قانون الجنسية فى هذا الخصوص على أن « المرأة الأجنبية التى تتزوج من شخص يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة لاتدخل فى الجنسية المذكورة إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها فى كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الإعلان » ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات المدة المشار إليها فى الفقرة الأولى حرمان الزوجة من حق الدخول فى جنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

ويراد بالتجنس منح الأجنبى جنسية الدولة بناء على طلبه إذا توافرت شروط معينة .

والغالب بالنسبة إلى من يكسب الجنسية بسبب الزواج أو بالتجنس ألا يتمتع فور كسبه الجنسية بكل الحقوق التى تثبت للوطنيين ، فيحرم لمدة معينة بعد ذلك الكسب من التمتع ببعض هذه الحقوق وخاصة الحقوق السياسية .

والأصل أن لكل شخص جنسية وأن الجنسية لاتتعدد ، ومع ذلك فقد يحصل فى بعض الحالات أن يكون الشخص عديم الجنسية أو يكون له أكثر من جنسية .

وقد يفقد الشخص الجنسية كعقوبة (راجع م ٢١ — ٢٣ من قانون الجنسية) :

٢٧٩ – (٢) **الأسرة** :

تتحدد الحالة العائلية للشخص بحسب مركزه فى أسرة معينة : وأسرة **famille** الشخص هى مجموعة الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة القرابة : وتقول المادة ٣٤ فقرة أولى من التقنين المدنى فى هذا المعنى : « تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه » .

ورابطة القرابة التى تربط بين أفراد الأسرة تأتى إما من طريق النسب أو من طريق المصاهرة . فالقرابة على نوعين : قرابة نسب وقرابة مصاهرة :

٢٨٠ – **قرابة النسب** :

قرابة النسب هى التى يكون أساسها الدم ، فهى تقوم بين أفراد تربطهم رابطة الدم : وهى التى تقصد من لفظ القرابة إذا أطلق : وقريب الشخص هو الذى يشترك معه فى أصل واحد ، ذكراً كان أو أنثى . وفى ذلك تقول المادة ٣٤ فقرة ثانية من التقنين المدنى : « ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » :

وقرابة النسب إما قرابة مباشرة أو قرابة حواش .

فالقرابة المباشرة هى قرابة الولاد المنحصرة فى عمود النسب ، أى قرابة الأصول والفروع . فهى ، كما تقول المادة ٣٥ فقرة أولى من التقنين المدنى ، « الصلة مابين الأصول والفروع » : وفيها يتسلسل أحد الشخصين من الآخر . فالأب وأبو الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علت ، والأم وأبو الأم وإن علا ، وأم الأم وإن علت ، والابن وابن الابن وإن نزل ، كل من هؤلاء قريب مباشر .

أما قرابة الحواشى فهى الخارجة عن عمود النسب ، فلا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر ، وإن كانا يشتركان فى أصل واحد . وقد عرفتها المادة ٣٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى فقالت : « هى الرابطة مابين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر » . فالأخ والأخت وفرعهما وإن نزل من الحواشى ، والأصل

المشترك هو الأب : والعم والعمة وفرعهما وإن نزل من الحواشى ، والأصل المشترك هو الجد .

وقد اتبع التقنين المدنى فى تحديد درجة القرابة ذات الطريقة التى سار عليها القانون الرومانى وأخذها عنه القانون الفرنسى .

ففى حساب درجة القرابة المباشرة نصت المـــادة ٣٦ من التقنين المدنى على أنه يراعى « اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل » . ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع درجة ولا يحسب الأصل . فالابن فى قرابته للأب يعتبر فى الدرجة الأولى ، لأننا أمام فرع واحد نحسبه ولا نحسب الأب لأنه الأصل . وابن الابن يعتبر فى الدرجة الثانية ، لأننا إذا صعدنا من الفرع لأصله وجدنا أولا ابن الابن وهو فرع فيحسب درجة ، ثم الابن وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجد وهو الأصل فلا يحسب ، وبذلك يجتمع لدينا درجتان ، فيكون ابن الابن فى الدرجة الثانية .

أما درجة قرابة الحواشى فقد نصت المـــادة ٣٦ من التقنين المدنى على أنه عند حسابها « تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة » : ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع من الناحيتين درجة ولا يحسب الأصل . فالأخ فى الدرجة الثانية لأنه فرع فى ناحية فيحسب درجة ، وأخوه فرع فى الناحية الأخرى فيحسب درجة كذلك ، والأب لا يحسب لأنه الأصل . وابن العم فى الدرجة الرابعة لأننا إذا صعدنا من الفرع لأصله فى إحدى الناحيتين وجدنا أولا ابن العم وهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجد فلا يحسب لأنه الأصل المشترك ، ثم ننزل من الأصل إلى الفرع فى الناحية الأخرى فنجد الأب وهو فرع فيحسب درجة ، ثم ابنه وهو فرع فيحسب درجة كذلك . وبهذا يجتمع لدينا درجتان فى كل ناحية ، فيكون ابن العم فى الدرجة الرابعة :

٢٨١ — قرابة المصاهرة :

قرابة المصاهرة هي التي يكون أساسها الزواج ، وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت المادة ٣٧ من التقنين المدنى من هذا الصدد على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . ويتضح من هـــذا النص أن قرابة المصاهرة تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، فهى لاتقوم بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وفى حساب درجة هذه القرابة تـكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه . فأخ الزوجة يعتبر بالنسبة إليها من الحواشى فى الدرجة الثانية ، والقرابة بينهما قرابة نسب ، ويعتبر كذلك بالنسبة إلى الزوج من الحواشى فى الدرجة الثانية ، ولـكن القرابة هنا قرابة مصاهرة .

٢٨٢ — القانون المصرى لا يعرف القرابة الطبيعية ولا نظام التبنى :

لايوجد فى القانون المصرى غير قرابة النسب وقرابة المصاهرة .

فالقرابة الطبيعية parenté naturelle التى توجد فى بعض الشرائع الأجنبية ، وتنشأ من اتصال رجل بإمرأة اتصالا غير شرعى ينتج ولدا ، هـــذه القرابة لايعرفها القانون المصرى . فليس للولد غير الشرعى حقوق أسرة فى القانون المصرى ، سوى أن يثبت نسبه من أمه ، فيرثها هى وقرابتها (م ٤٧ من قانون المواريث) .

كذلك لايوجد فى القانون المصرى نظام التبنى adoption ، الذى تترتب عليه بعض آثار النبوة (راجع م ٣٥٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) .

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تجيز ثبوت النسب بالإقرار وحده إذا لم يكن فيه تحميل النسب على غير المقر ، وهو الإقرار بالبنوة أو بالأبوة(١) . فإذا أقر رجل ببنوة

---

(١) أما الاقرار الذى يكون فيه تحميل النسب على غير المقر ، فيكون بما عدا هاتين الحالتين ، كاقرار رجل لآخر بأنه أخوه ، إذ يكون فى هذا إقرار بنسب على أبيه . وهذا لا يثبت به النسب من حمل عليه ، فلا يكون المقر له ابنا لأب المقر ، ولذلك لا يسرى إلا فى حق المقر فحسب ولـكن بشرط ألا يضر ذلك بغيره (راجع فى تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى الارث : م ٤ و ٤١ من قانون المواريث) .

ولد ثبت نسبه منه إذا كان المقر له مجهول النسب وكان فى سن بحيث يولد مثله لمثل المقر وصدق المقر إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزا (١) . وهـــذا هو ذات الحكم فى إقرار ولد بأبوة رجل . وفى هاتين الحالتين يكون الولد ابنا من جميع الوجوه ، فيثبت نسبه وتلزم نفقته وتربيته ويرث (م ٣٥٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) .

فالمقر له بهذا النسب يكون ولدا شرعيا . إذ الإقرار أحد أمور ثلاثة يثبت النسب بها شرعا ، وهى الفراش والإقرار والبينة . ومقتضى هذا أن الإقرار بالنسب لا يعتبر نظاما للتبنى ، لأنه لا فرق بين ولد يثبت نسبه بالفراش أو بالبينة وآخر يثبت نسبه بالإقرار كما أنه لا يعتبر إعترافاً بقرابة طبيعية ، لأنه لو ذكر رجل يقر ببنوة ولد أنه ولده من الزنا ، فرغم توفر الشروط التى ذكرناها لا يثبت نسب المقر له لأن الزنا لا يصلح سببا للنسب .

٢٨٣ – أهمية روابط الأسرة :

تترتب على روابط الأسرة ، سواء كان أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية ، آثار هامة فى تحديد حقوق الشخص وواجباته العائلية ، فهناك حقوق غير مالية ، كولاية الأب على ابنه ، وحق التربية للابن على أبيه ، وحق الطاعة للزوج على زوجته . وهناك حقوق مالية ، كالحق فى الإرث ، والحق فى النفقة .

كذلك لهـــذه الروابط أهميتها فى تطبيق فريق من الأحكام القانونية ، سواء كان أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية أو قرابة المصاهرة . ومن الأمثلة على ذلك أن القانون يعتد بها وبدرجة القرابة فى رد القضاة (م ٣١٣ — ٣١٥ مرافعات) والخبراء (م ٢٣١ مرافعات) ، وفى عدم جواز الأخذ بالشفعة (م ٩٣٩ مدنى) ، وفى التعويض عن الضرر الأدبى (م ٢٢٢ / ٢ مدنى) .

وللتفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشى أهميتها فيما يتعلق بالنفقة التى تجب

---

(١) وذلك طبقا للمذهب الحنفى الذى عليه العمل .

للأقارب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية (راجع المواد ٣٩٥ — ٤١٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا)(١) .

وقرابة المصاهرة محدودة فى آثارها إذا قارناها بقرابة النسب . فقرابة النسب يترتب عليها الحق فى النفقة لفريق من الأقارب ، وهم الأقارب المحرميون(٢) . أما قرابة المصاهرة فلا تخول الحق فى النفقة(٣) . وكلتا القرابتين لها أثرها فيمن يحل الزواج منهن من النساء ، ولكن نطاق التحريم بسبب النسب أوسع مما هو عليه بسبب المصاهرة . وكلتا هما يظهر أثرها كذلك فى تطبيق فريق من الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ولكن الأولى أبعد أثرا من الثانية .

٢٨٤ — (٣) الدين :

الأصل أن الدين لا تأثير له فى حالة الشخص . وهذا هو الوضع فى البلاد الغربية . وهو الأصل كذلك فى القانون المصرى . حيث تنص المادة ٢٤ من الدستور على ما يأتى : « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

غير أنه فى الجمهورية العربية المتحدة ، كغيرها من البلاد الشرقية الإسلامية ، يعتبر الدين عنصرا من عناصر الحالة . وذلك على سبيل الاستثناء ، وفى نطاق محدود يتعلق بفريق من الأحوال الشخصية . فقد رأينا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أن الشريعة

---

(١) ويلاحظ أن هذه التفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشى غير مأخوذ بها فى الميراث . وإنما ينقسم الأقارب فى هذا الصدد إلى أصحاب فروض وعصبة نسبيين وذوى أرحام . فأصحاب الفروض هم الذين لهم سهام مقدرة فى التركة بنص فى القرآن أو السنة أو بالاجماع كالأب والجد الصحيح والزوج والزوجة . والعصبة النسبيون هم أقارب المتوفى من الذكور الذين لا تدخل بينهم وبين المتوفى فى سلسلة النسب أنثى كالابن وابن الابن والأب وأبى الأب . وذوو الأرحام هم أقارب المتوفى الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من العصبة النسبيين كابن البنت وابن بنت الابن وابن الأخت .

(٢) وذلك وفقا لمذهب أبى حنيفة المعمول به .

(٣) يلاحظ أن علاقة الزوج بزوجته ليست علاقة مصاهرة ، وإنما علاقة زوجية .

الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن هذه الأحوال هى الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . إلا أنه مع ذلك يخضع غير المسلمين بالنسبة إلى فريق من هذه الأحوال لشرائعهم الدينية ، وذلك فى الحدود الاستثنائية المقيدة التى عرضنا لها فيما تقدم عند الكلام فى الدين كمصدر رسمى للقانون المصرى .(١)

هذا إلى أن الشريعة الإسلامية تقضى بأن اختلاف الدين مانع من الإرث . وقد نصت على ذلك المادة ٦ من قانون المواريث فقالت إنه « لاتوارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » :

ويتبين من هذا أن حقوق المصرى المسلم فيما يتعلق بفريق من أحواله الشخصية تختلف عن حقوق المصرى غير المسلم ، وذلك بسبب اختلاف الدين .

المطلب الثالث

الإسم

٢٨٥ — معنى الاسم وتكوينه :

لكل شخص إسم يعرف به . إذ الإسم هو الوسيلة التى تميز الشخص عن غيره من الأشخاص. وهو بمعناه الضيق يقتصر على الإسم الشخصى prénom . وبمعناه الشامل يتضمن الإسم الشخصى واسم الأسرة nom patronymique ou nom de famillc. وهذا الأخير يقال له اللقب ، وهو ما يجرى الغربيون على استعماله أكثر من استعمالهم الإسم الشخصى . أما عندنا فالغالب هو استعمال الإسم الشخصى مضافا إليه اسم الأب والجد ، وإن كان البعض يستعمل اللقب إلى جانب الإسم الشخصى . وهذا المعنى الشامل هو الذى يراد من اصطلاح الإسم إذا أطلق ، وهو الذى نعنيه فى هذه الدراسة .

وقد نصت المادة ٣٨ من التقنين المدنى على أنه « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » . ويؤخذ من هذا النص أن القانون يفرض

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٦ — ٩٣ .

على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقبا إلى جانب اسمه الشخصى، حتى يدرأ ماقد يثور من لبس فى تمييز الشخص عن غيره بسبب تشابه الأسماء(١). إلا أنه يلاحظ أن اتخاذ الألقاب لم ينتشر عندنا على النحو الموجود فى البلاد الغربية، بحيث يعتبر فرض اتخاذها نظاما مستحدثا. ومراعاة لهذا الاعتبار أضافت المادة ٣٩ من هذا التقنين أنه «ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغيرها». وبذلك أصبح ما يفرضه القانون من اتخاذ الألقاب رهينا فى نفاذه بصدور هذا التشريع الخاص الذى لم يصدر بعد.

وبمقتضى الماده ٣٨ مدنى المذكورة يكون لقب الشخص بحكم القانون هو لقب أولاده. ويلاحظ أن النص لا يجعل اللقب يلحق الزوجة، ومن ثم فإنها بحكم القانون تحتفظ بلقبها الأصلى(٢).

٢٨٦ — الطبيعة القانونية للإسم :

إن حق الشخص على اسمه ينطوى على معنى الواجب والحق فى وقت واحد :

(١) واجب اتخاذ الإسم : فيجب على الشخص أن يتخذ لنفسه اسما يميزه عن غيره من الأشخاص. إذ أن للجماعة مصلحة فى ذلك، حتى يستتب الأمن ويمتنع الخلط بين الأشخاص وتستقر المعاملات. فالإسم من هذه الزاوية بمثابة نظام إدارى للأمن المدنى تفرضه الدولة باعتباره الصورة الملزمة لتمييز الأشخاص. ولهذا رأينا أن المادة ٣٨ مدنى تفرض أن يكون لكل شخص إسم ولقب. كما توجب المادة ١٨ من قانون الأحوال المدنية أن يشمل التبليغ عن المواليد إسم الطفل ولقبه.

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع نص المادة ٣٨ مدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص٣٣٨.

(٢) كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٣٨ مدنى يجعل اللقب يلحق الأولاد والزوجة، حيث يقول: «ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده كما يلحق زوجته فى حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها». وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص، حيث حذف هذا الحكم بالنسبة إلى الزوجة، لأن العرف لما يستقر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٧ — ٣٣٩).

ومادام أن الإسم ترتبط به مصلحة الجماعة على هذا النحو ، فلا يجوز للشخص أن يغير فيه بمحض إرادته وحدها . فإذا أراد شخص أن يغير اسمه استنادا إلى ما اشتهر به أو إلى أى سبب آخر وجب اتخاذ إجراءات معينة يفرضها القانون حتى يتمكن من له مصلحة من أن يعترض على طلب التغيير ولكى يعلم الناس بالإسم الجديد (انظر هذه الإجراءات فى نصوص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦) (١) .

(٢) حق الشخص على إسمه : إذا كان للجماعة مصلحة توجب على الشخص أن يتخذ لنفسه إسما ، فإن للشخص كذلك مصلحة فى أن يتسمى بإسم معين . لذلك كان للشخص حق على إسمه باعتباره الوسيلة التى تميز شخصيته عن غيره . وقد ذهب البعض إلى اعتبار هذا الحق حق ملكية ، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسى . ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن الملكية حق مالى يجوز التعامل فيه ، بينما الحق فى الإسم حق غير مالى لايجوز التعامل فيه . والواقع أن الحق فى الإسم يعتبر من حقوق الشخصية ، وهذا هو الرأى السائد. وينهض بهذا الاعتبار أن الإسم هو الوسيلة التى تمكن الشخص من تمييز ذاته وتعيين شخصيته وتلافى الخلط بينه وبين غيره فى هذا المجال .

ويترتب على اعتبار الحق فى الإسم من حقوق الشخصية أن تكون له الخصائص التى تتميز بها هذه الحقوق . فلا يجوز التصرف فيه ، ولا يرد التقادم عليه ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم (٢) .

ويتضح من هذا أن للإسم طبيعة مزدوجة ، فاتخاذه واجب مفروض على الشخص ، كما أن للشخص حق عليه يعتبر من حقوق الشخصية .

٢٨٧ — حماية الاسم :

يترتب على كون الحق فى الإسم من حقوق الشخصية أن يحميه القانون كما يحمى هذه الحقوق . فيكون لمن وقع اعتداء على إسمه أن يدفع هذا الاعتداء ولو لم يكن

---

(١) كان هذا القانون خاصا بالمواليد والوفيات ، فألغى منه يتعارض مع أحكام قانون الأحوال المدنية .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٦ .

قد أصابه ضرر من جرائه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية . وقد نصت المادة ٥٠ من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما تضمنت المادة ٥١ من ذلك التقنين تطبيقا لهذا الحكم على الإسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير فى استعمال إسمه بلا مبرر ؛ ومن انتحل الغير إسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

ويتضح من هذا أن الاعتداء على الإسم قد يكون بالمنازعة فى استعماله ، بمعنى أن يعترض الغير على حق الشخص فى التسمى بالإسم الذى يحمله . فإذا لم يكن لهذه المنازعة مايبررها كان لصاحب الإسم أن يطالب بوقفها ولو لم يترتب عليها ضرر . وإذا ترتب عليها ضرر كان لصاحب الإسم فضلا عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر .

كما قد يكون الاعتداء بانتحال الغير إسم الشخص ، بمعنى أن يتسمى الغير بإسم الشخص ويستعمله دون حق أى دون أن يكون هذا الإسم هو إسمه . حيث يكون لصاحب الإسم أن يطلب وقف هذا الانتحال ولو لم يترتب عليه ضرر . وإذا ترتب عليه ضرر كان لصاحب الإسم فضلا عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر .

٢٨٨ – اسم الشهرة والاسم المستعار :

قد يشتهر الشخص بإسم يطلقه عليه الجمهور غير إسمه الحقيقى ، وهذا هو إسم الشهرة **surnom** . وقد يطلق الشخص على نفسه فى بعض نواحى نشاطه ، كالنشاط الأدبى أو الفنى ، إسما غير إسمه الحقيقى ، وهذا هو الإسم المستعار **pseudonyme** .

وسواء فى هذه الحالة أو فى تلك فإن الإسم الحقيقى للشخص لايزول ، بحيث يتعين عليه أن يذكره حين يقتضى الأمر الادلاء به . غير أن كلا من اسم الشهرة والإسم المستعار يعتبر من حيث الواقع وسيلة تميز الشخص عن غيره كما هى الحال بالنسبة إلى الإسم الحقيقى . فاسم الشهرة يميز الشخص فى جميع أوجه نشاطه ، والاسم المستعار يميزه

فى نواح معينة من هذا النشاط. ولذلك فإن القانون يحمى حق الشخص فى كل من هذين الاسمين ، فيكون له أن يدفع الاعتداء الواقع على أى منهما وأن يطلب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، سواء فى حالة المنازعة أو الانتحال وفقا لما قدمناه .

٢٨٩ – الاسم التجارى :

الإسم التجارى nom commercial هو الإسم الذى يتميز به محل تجارى . ويختلف حق التاجر على هذا الاسم فى طبيعته عن حق الشخص على اسمه . فهو حق مالى ، ولذلك يجوز التصرف فيه باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى . ومقتضى هذا الاعتبار أنه لايجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجارى، بل يكون هذا التصرف داخلا فى نطاق التصرف فى المحل التجارى ذاته . وإذا حصل أن كان الإسم التجارى هو ذاته الإسم الخاص لصاحب المحل وجب على المتصرف إليه أن يضيف إلى الإسم التجارى مايدرأ الخلط بينه وبين المتصرف الذى يبقى حاملا للإسم ذاته ، كأن يضيف كلمة خلف أو خلفاء .

ويحمى القانون الإسم التجارى على الوجه الذى بيناه: فيكون لصاحبه أن يطلب وقف الاعتداء عليه، سواء تمثل هذا الاعتداء فى منازعة الغير له فى استعماله أو فى انتحاله إياه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر .

المطلب الرابع

الموطن

٢٩٠ – فكرة الموطن وأهميته وتقسيمه :

تقوم فكرة الموطن le domicile على أساس كونه مكانا يخاطب فيه الشخص قانونا فى شأن مسألة معينة ، بحيث يعتبر أن الخطاب قد وصل إلى علمه ولو لم يكن موجودا فى هذا المكان وقت توجيه هذا الخطاب إليه ، وذلك نظرا إلى أنه يحيط

علما بما يحصل فى هذا المكان مما يتعلق بشئونه . فهو من هذا يعتبر المقر القانونى للشخص ، بمعنى أن القانون يعتد به فى مخاطبة الشخص فى شأن مسألة قانونية معينة .

ويتضح من هذا أن الغرض من تعيين موطن للشخص هو تيسير الإتصال به على نحو يعتد به القانون إذا أريد مخاطبته فى شأن أمر يتعلق بنشاطه القانونى . وتظهر أهمية ذلك فى حالات كثيرة نذكر منها مايأتى :

(١) فالقاعدة أن الوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٣٤٧ / ٢ مدنى) . فالدائن يسعى لإستيفاء حقه فى موطن المدين .

(٢) والأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص ، كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التى يكون لها أثر قانونى ، تسلم إلى الشخص نفسه أو فى موطنه (م ١١ مرافعات) .

(٣) وفى الدعاوى المتعلقة بحقوق شخصية أو بمنقولات يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٥٥ مرافعات) .

(٤) ويكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الإبتدائية التى يتبعها موطن المدين (م ٢٥٠ مدنى) .

(٥) وتتخذ إجراءات الإفلاس أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر (م ١٩٧ تجارى) .

وينقسم الموطن إلى نوعين : موطن عام وموطن خاص . فالموطن العام هو الذى يخاطب فيه الشخص قانونا بصفة عامة ، حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فلا يخاطب فيه الشخص إلا فى خصوص أعمال معينة ، حيث لايعتد به القانون إلا بالنسبة إلى فريق معين من أوجه نشاط الشخص أو علاقاته دون غيره .

أولا : الموطن العام

٢٩١ — تحديد الموطن العام :

رأينا أن الموطن العام le domicile général هو الذى يخاطب فيه الشخص قانونا بالنسبة إلى نشاطه وعلاقاته بوجه عام . فهو الذى يقصد من لفظ الموطن إذا أطلق.

والأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص بإختياره . فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة : وإقامة الشخص تخضع بطبيعة الحال لإرادته ، فهو يقيم حيث يريد . وبذلك تكون إرادة الشخص هى العامل الأول فى تحديد الموطن .

ولكن القانون قد حدد الموطن العام استثناء لفريق من الأشخاص تحديدا ملزما لادخل لإرادتهم فيه ، وهذا هو مايسميه الفقهاء بالموطن القانونى أو الإلزامى .

ومن هذا نتكلم عن القاعدة ، ثم عن الاستثناء :

٢٩٢ — القاعدة فى تحديد الموطن العام :

عرفت المادة ٤٠ فقرة أولى من التقنين المدنى الموطن فقالت : « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » : وبعبارة أخرى ، هو محل الإقامه المعتادة للشخص : فالإقامة الفعلية هى أساس فكرة الموطن فى القانون المصرى . ولكنها الإقامة المعتادة ، أى التى يتوفر فيها معنى الثبات والاستقرار : ولا يفهم من ذلك أن الإقامة يجب أن تكون مستمرة لاتنقطع ، فقد يغيب الشخص عن موطنه مددا تطول أو تقصر دون أن ينتفى معنى الاعتياد الذى يتطلبه القانون(١) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا المعنى إنه « إذا كان المشروع قد جعل من الإقامة الفعلية أساسا التصوير الذى اتبعه إلا أن عنصر الاستقرار ضرورى لتوافر معنى التوطن . ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص٣٤١ و٣٤٢) .

ومن ثم تجب التفرقة بين الموطن ومحل الوجود la résidence : فهذا الأخير هو المكان الذى يحدد فيه الشخص سكنه لمدة محدودة . ومجرد وجود الشخص أو سكنه فى مكان لايجعل منه موطنا مادام أن إقامته فيه عرضية لايتوفر فيها معنى الاعتياد والاستقرار . كأن يقيم الشخص فترة معينة فى فندق يقع فى بلد بعيد عن موطنه للقيام ببعض الأعمال ، أو يقيم فى مسكن بعيد عن موطنه لقضاء فترة الاصطياف .

ولم يرد فى التقنين المدنى القديم تعريف للموطن ، وإنما ورد هذا التعريف فى هامش المادة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، وهو ينص على أن « الموطن هو المركز الشرعى المنسوب للإنسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ماعليه ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها وأنه لايجهل مايحصل فيه مما يتعلق بنفسه » . ويتبين من هذا التعريف أن الشخص قد لايكون حاضرا فى موطنه فى أغلب الأحيان . وبذلك فهو لايربط بين الإقامة والموطن كما فعل التقنين الحالى ، فما يتطلبه فى الموطن هو أن يقوم الشخص فيه باستيفاء ماله وإيفاء ماعليه وألا يجهل مايحصل فيه . والموطن بهذا المعنى هو المركز الرئيسى للشخص . وهو ذات التصوير الذى أخذ به القانون الفرنسى (م ١٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى) .

ويتبين من هذا أن القانون المصرى القديم والقانون الفرنسى قد صورا الموطن تصويرا حكميا لم يهتما فيه بالحقيقة الواقعة التى تقوم على الإقامة الفعلية للشخص ، لأن الشخص قد لايكون مقيما فعلا فى مركزه الرئيسى . ويترتب على هذا التصوير أن يكون لكل شخص موطن ، وأن الشخص لايمكن أن يكون له إلا موطن واحد . ولقد حدا هذا بفريق من الفقهاء إلى أن يأخذ بفكرة الجنسية فى هذا المجال فيعتبر الموطن علاقة قانونية تربط الشخص بمكان معين .

وقد أدى هذا التصوير الحكمى للموطن ومجافاته للواقع إلى صعوبات عملية فى التطبيق اضطرت القضاءين الفرنسى والمصرى إلى القول بامكان تعدد الموطن فى بعض الحالات . ومن هذه الحالات ماذهبت إليه المحاكم الفرنسية من إمكان مقاضاة شركات السكك الحديدية أمام المحاكم التى تقع فى دائرتها المحطات الرئيسية للشركة ، وهى النظرية المعروفة بنظرية المحطات الرئيسية . وما قضت فيه كذلك بصحة الإعلانات التى يوجهها

الغير إلى الشخص فى المكان الذى يظهر للناس فيه أنه موطنه وبجواز مقاضاته أمام محكمة هذا المكان إذا كان المدعى حسن النية، وهى النظرية المعروفة بنظرية الموطن الظاهر(١). ومن هذه الحالات كذلك ماقضت فيه المحاكم المصرية بأنه يمكن أن يكون للشخص موطن آخر يشبه الموطن الأصلى(٢) ، وبجواز تعدد موطن التقاضى(٣) .

أما التصوير الذى أخذ به التقنين المدنى الحالى فهو تصوير واقعى استجاب فيه الشارع للحاجات العملية . فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة . ويترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى أن الشخص قد يكون له أكثر من موطن . ويحصل ذلك إذا توافرت للشخص إقامة معتادة فى أكثر من مكان . كما فى حالة الشخص الذى يوزع إقامته المعتادة بين مكانين أحدهما فى الريف والآخر فى إحدى المدن . وكذلك الشخص الذى له زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان مستقل عن مكان الأخرى . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى، فقالت إنه «يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن».

والثانية أن الشخص قد لايكون له موطن . ويتحقق ذلك إذا لم تتوفر للشخص إقامة معتادة فى مكان ما . كما فى حالة البدو الرحل الذين لايستقرون فى مكان. أو الشخص الذى يترك موطنه سعيا إلى موطن جديد ولم يهتد إليه بعد . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى ، فقالت إنه «يجوز ألا يكون للشخص موطن ما» . ولم يبين الشارع مايجب اتباعه حينئذ كمبدإ عام ، وإنما اقتصر على بيان مايتبع فى بعض حالات نص عليها تقنين المرافعات(٤) . ولذلك نرى أنه فيما عدا هذه الحالات يجب أن

---

(١) نقض فرنسى عرائض فى ١٥ مارس ١٩٢٥ ، دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٣٦٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ مايو ١٩٣٦ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ٤٨ ص ٢٦٤ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير ١٩٢٨ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ٤٠ ص ٢٠٩ .

(٤) نصت المادة ١٤ / ١١ مرافعات فى خصوص إعلان أوراق المحضرين على أنه «إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى مصر أو فى الخارج ، وتسلم صورتها النيابة» . ونصت المادة ٦٨ مرافعات فى خصوص اختصاص المحاكم على أنه «إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا سكن فى مصر ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو سكنه فإن لم يكن له موطن ولا سكن كان الاختصاص لمحكمة القاهرة» .

نعتد بمحل الوجود ، وهذا هو الرأى الذى يقول به فريق من الفقه ويأخذ به بعض التشريعات الأجنبية .

وهذا التصوير الذى يأخذ به القانون المصرى وما يؤدى إليه من نتائج هو الذى يساير الاتجاه الحديث فى الفقه ، كما يتفق مع حكم القانون الألمانى (م ٧ مدنى ألمانى) وحكم الشريعة الإسلامية . فقد عرفت المادة ٢١ من لائحة المحاكم الشرعية الموطن بأنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيما فيه عادة » ، وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامى(١) .

وقد يغير الشخص موطنه ، ويتم له ذلك إذا ترك موطنه إلى مكان آخر يقيم فيه إقامة معتادة بحيث تنقطع إقامته فى المكان الأول ويقصد عدم الرجوع إليه : فى هذه الحالة يكون للشخص موطن واحد هو محل الإقامة الجديد . أما إذا توفرت الإقامة المعتادة للشخص فى المكان الجديد دون أن ينقطع عن المكان الأول ، فإنه يصبح له موطنان فى وقت واحد .

٢٩٣ — الموطن القانونى أو الالزامى :

رأينا أن الأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص باختياره . غير أنه استثناء من هذا الأصل يحدد القانون الموطن العام لفريق من الأشخاص تحديدا ملزما لا دخل لإرادتهم فيه : وهؤلاء هم فاقدو الأهلية وناقصوها ومن فى حكمهم ، هم القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب . فهؤلاء قد تولى القانون تحديد موطنهم ، ولذلك يسميه الفقهاء بالموطن القانونى Le domicile légal .

فقد قدر الشارع أن الأعمال القانونية التى تهم هؤلاء الأشخاص يقوم بها نائبون عنهم بسبب نقص أهليتهم أو بسبب غيابهم . فهم يخاطبون قانونا فى أشخاص نائبيهم : ولذلك جعل القانون موطن الواحد منهم هو موطن من ينوب عنه . فالموطن القانونى للقاصر هو موطن وليه أو وصيه ، وموطن المحجور عليه هو موطن القيم عليه، وموطن

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤٢ و ٣٤٣ .

المفقود والغائب هو موطن وكيلهما . وقد نصت المادة ٤٢ من التقنين المدنى على هذا الحكم فقالت إن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

وواضح أن القانون يأخذ فى هذه الحالة بالتصوير الحكمى للموطن دون التصوير الواقعى ، لأن فكرة الموطن هنا لاتقوم على أساس الإقامة الفعلية للشخص .

ويظل الموطن القانونى للشخص قائما بقيام السبب الذى من أجله حدد القانون هذا الموطن . فإذا زال هذا السبب ، كأن بلغ القاصر الرشد أو عاد الغائب ، زال الموطن القانونى للشخص وأصبح موطنه هو المكان الذى يقيم فيه عادة ، رجوعا إلى الأصل العام .

ويلاحظ أن الأشخاص الذين يحدد القانون موطنهم تحديدا ملزما على النحو المذكور قد ورد ذكرهم فى النص على سبيل الحصر . ولذلك لايعتبر موطن الزوج موطنا قانونيا بالنسبة إلى الزوجة . فإذا كانت الزوجة قاصرا كان موطنها القانونى هو موطن وليها أو وصيها ، وإذا كانت رشيدة كان موطنها العام هو محل إقامتها المعتادة . وإذا كان الوضع العادى المألوف أن يكون موطن الزوجة هو موطن الزوج ، فإن ذلك يرجع إلى كون موطن الزوج هو محل الإقامة المعتادة للزوجة . وقد يحصل أن يكون للزوجة الرشيدة موطن يختلف عن موطن زوجها ، وذلك إذا كانت إقامتها المعتادة فى غير موطن الزوج. كذلك لايتحتم أن يكون موطن الخادم هو موطن مخدومه ، وإنما يتحقق ذلك إذا كانت الإقامة المعتادة للخادم فى موطن مخدومه ، فإن كانت فى مكان آخر كان هذا المكان الآخر هو موطن الخادم .

ثانيا : الموطن الخاص

٢٩٤ – تعريف :

الموطن الخاص domicile spécial هو الذى يخاطب فيه الشخص قانونا فى خصوص فريق معين من الأعمال. فهو يقتصر على ناحية معينة من نواحى نشاط الشخص. ومن ثم فهو يوجد إلى جانب الموطن العام للشخص .

والمفروض أن الإقامة الفعلية ليست هى أساس الموطن الخاص ، وإنما هو يقوم على مباشرة أعمال معينة ، وبذلك يكون حكميا دائماً .

وهذا الموطن الخاص قد يحدده القانون، وهى الحال بالنسبة إلى موطن الأعمال ، وقد يحدده الشخص بإرادته ، وهى الحال بالنسبة إلى موطن ناقص الأهلية فى شأن مايعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات ، والموطن المختار : فهذه هى صور الموطن الخاص التى وردت فى التقنين المدنى(١) تتناولها فيما يلى :

٢٩٥ – (١) موطن الأعمال (الموطن التجارى أو الحرفي) :

موطن الأعمال أو الموطن التجارى أو الحرفى le domicile d, affaire ou domicile commercial هو المكان الذى يباشر فيه الشخص أعمالا تجارية أو حرفية، فيعتبر موطنا له فيما يتعلق بإرادة هذه الأعمال : وقد نصت عليه المادة ٤١ من التقنين المدنى فقالت : « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » : والنص يشمل التجار والصناع وأصحاب الحرف ، وهو يعتبر تطبيقا ظاهرا لفكرة تعدد الموطن .

---

(١) وهناك موطن يتكفل به القانون العام ، وهو الموطن السياسى أو الانتخابى الذى يباشر فيه الشخص حقوقه الانتخابية . وهذا الموطن عبارة عن الجهة التى يقيم فيها الشخص عادة ، أو التى بها محل عمله الرئيسى ، أو التى له بها مصلحة جدية ، أو فيها مقر عائلته . ذلك أن الأصل فى الموطن السياسى أو الانتخابى للشخص أن يكون هو موطنه العام ذاته ، ولكن يجوز له أن يختار موطنا خاصا بدلا منه فى إحدى الجهات الثلاث الأخيرة المذكورة .

وواضح أن الموطن هنا لايعتبر قانونا إلا بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التى للشخص . أما فيما يتعلق بأعمال الشخص الأخرى فالمعول عليه قانونا هو موطنه العام وفقا للمادة ٤٠ مدنى .

كما يلاحظ أن مثل هذا الموطن ، باعتباره مكان العمل، لايعتبر موطنا إلا بالنسبة إلى التجار والصناع وأصحاب الحرف. فهو لاينصرف إلى الموظفين ، بحيث أن المكان الذى يؤدى فيه الموظف عمله لايعتبر موطنا خاصا له فيما يتعلق بشئون الوظيفة .

ويؤخذ لفظ الحرفة فى هذا المقام بمعنى الحرفة أو المهنة ، فهو فى حكم النص المذكور لايقتصر على أصحاب الحرف بالمعنى الضيق ، كالنجار والحداد ، بل يشمل كذلك أصحاب المهن ، كالمحامى والطبيب والمهندس ، حيث يكون لكل من هؤلاء موطن أعمال خاص بشئون مهنته .

٢٩٦ — (٢) موطن ناقص الأهلية بالنسبة إلى مايعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات :

رأينا أن القانون يحدد الموطن العام لناقص الأهلية تحديداً ملزما ، فيجعله موطن من ينوب عنه قانونا(١) . والعلة فى ذلك أن الأعمال القانونية التى تهم ناقص الأهلية يباشرها عنه نائبه ، ومن ثم فهو يخاطب قانونا فى شخص نائبه .

وعليه فحيث تنتفى هذه العلة بالنسبة إلى بعض الأعمال القانونية يكون لناقص الأهلية موطن خاص فيما يتعلق بهذه الأعمال إلى جانب موطنه العام . ذلك أن ناقص الأهلية يستطيع أن يباشر بعض التصرفات القانونية ، فهو يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى هذه التصرفات ، ولذلك لاتثبت لنائبه قانوناً سلطة تولى هذه التصرفات . فى هذا النطاق يكون لناقص الأهلية موطن خاص ، قد يكون محل إقامته المعتادة بحسب الأصل ، أو يكون المكان الذى يباشر فيه تجارة إذا كان مأذونا له فى ذلك ، أو يكون المكان الذى يختاره لتنفيذ عمل قانونى معين هو أهل لمباشرته .

وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٤٢ فقرة ثانية من التقنين المدنى على أنه « يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٩٣ .

والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها »(١) . وما دمنا نعتبر هذا النص تطبيقا لذلك المبدأ فإن حكمه ينطبق بطريق القياس فى جميع الحالات الأخرى التى يثبت فيها للقاصر ومن فى حكمه من المحجور عليهم أهلية كاملة لمباشرة أعمال وتصرفات معينة كما سنرى عند الكلام فى الأهلية . ومن هذه الحالات ماتنص عليه المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من أنه « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » .

٢٩٧ – (٣) الموطن المختار :

الموطن المختـار le domicile d'élection ou domicileélu هو المكان يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين ، ســواء كان ذلك بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر ، أوكان بإرادته المنفردة . وقد نصت عليه المادة ٤٣ فقرة أولى من التقنين المدنى فقالت : « لايجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » .

فإذا تعامل شخص مع آخر يقيم فى مكان بعيد أمكنه أن يوفر على نفسه مؤونة الإنتقال الشاق لمقاضاته فى محكمة موطنه ، فيتفق معه على أن يكون الاختصاص بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة قريبة ، وبذلك يكون قد اختار موطنا خاصا للتقاضى . وهذه هى الصورة الكثيرة الوقوع فى الحياة العملية . على أنه قد يختار المتعاقد مكان شخص يوجد فى دائرة المحكمة التى يريد التقاضى أمامها ، فيختار موطنا له مكتب محاميه . وفى هذه الحالة يتضمن إختيار الموطن الخاص أمرين ، هما

---

(١) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه «إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » (انظر كذلك المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

وتنص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون » .

تعيين المحكمة المختصة وإقامة وكيل ، فتختص المحكمة بالفصل فيما يقع من نزاع وتعلن للوكيل (المحامى) الأوراق التى توجه إلى الشخص فى شأن هذا النزاع .

والموطن الذى يختار لتنفيذ عمل قانونى معين لايكون هو موطن التنفيذالاختيارى فحسب ، بل يكون كذلك موطن التنفيذ الجبرى . وقد نصت على ذلك المادة ٤٣ فقرة ثالثة من التقنين المدنى فقالت : « والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل مايتعلق بهذا العمل بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » . ولكن الاتفاق على موطن خاص للتنفيذ الجبرى (للتقاضى) لايجعل من هذا الموطن موطنا للتنفيذ الاختيارى .

وتجب الكتابة فى إثبات إختيار الموطن الخاص أيا كانت قيمة العمل الذى أختير الموطن من أجله . فقد نصت المادة ٤٣ فقرة ثانية من التقنين المدنى على أنه « لايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة » . وهذا حكم خرج فيه الشارع على القواعد العامة فى الاثبات ضمانا لاستقرار المعاملات .

والأصل أن يكون إتخاذ موطن مختار أمرا جوازيا للشخص . غير أن القانون قد يحتم إختيار موطن خاص . من ذلك ماتقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من أنه يجب على الدائن الذى يكون صاحب حق عينى عقارى تبعى يشهر بطريق القيد أنه يعين موطنا مختارا فى دائرة المحكمة التى يقع فىاختصاصها العقار محل الحق . وكذلك ماتقضى به المادة ٨٤ من تقنين المرافعات من أنه « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

ويقتصر الموطن المختار على العمل القانونى الذى أختير من أجله ، ففيما عدا هذا العمل يكون المعول عليه قانونا بالنسبة إلى أعمال الشخص الأخرى هو الموطن العام .

وهذا الاختيار فى الواقع ليس سوى شرطا مرتبطا بالعمل الذى تم من أجله ، فهو يبقى إلى أن يتم تنفيذ هذا العمل . فإذا مات من اختار الموطن قبل تنفيذ العمل انتقل الموطن المختار إلى ورثته ، شأنه فى ذلك شأن العمل القانونى الذى ارتبط به . وهو يختلف فى هذا عن الموطن العام الذى يعتبر من خصائص الشخصية ، فلا ينتقل من شخص إلى آخر .

المبحث الثالث

الأهليــة

٢٩٨ – خطة البحث :

نتناول فى هذا المبحث أهلية الأداء . وتقتضى دراستها أن نتعرض لمـا يتصل بها من أحكام الولاية على المال . ومن ثم نبدأ بالتعريف بأهلية الأداء وتحديد نطاقها ، ثم نتناول أحكامها ، ونعرض فى النهاية لأحكام الولاية على المال :

المطلب الأول

التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

٢٩٩ – أهلية الأداء :

تنصب دراستنا فى هذا المقام على أهلية الأداء : فهى التى تقوم على مدى مايتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية . وهى التى ينصرف إليها لفظ الأهلية عند إطلاقه : ومن ثم يجب لبيان معناها أن نميز بينها وبين أهلية الوجوب .

فأهليةالوجوب Capacité de juissance ؛ كما رأينا ،وصف فى الشخص يقوم على مدى صلاحيته لـكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . وقد تتوفر للشخص بالنسبة إلى حق معين ولاتتوفر بالنسبة إلى حق آخر . وبقدر مايستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات تـكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن تـكون كاملة أو ناقصة : وعلى هذا الأساس فرقنا بينها وبين الشخصية . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص لـكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . ولـكنهما يختلفان فى أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لايقبل النقصان ، فهى تثبت للشخص ولو لم يكن صالحا إلا لـكسب حق واحد . بينما أهلية الوجوب تعبير عن مدى مايتوفر للشخص من صلاحية

فى هذا الخصوص(١) . وسواء بالنسبة إلى هذه أو تلك فلا علاقة لهما بما يتوفر للشخص من قدرة إرادية ، فهما تثبتان لعديم الإرادة .

أما أهلية الأداء Capacité d' exercice فهى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . أى أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك من التصرفات .

والتصرف القانونى acte juridique هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين . ولما كان التصرف القانونى قوامه الإرادة على هـذا النحو ، وكانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، فإن مناط هذه الأهلية عند الشخص هو التمييز . ومعنى ذلك أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بحسب مدى قدرته على التمييز ، أى مدى قدرته على وزن التصرفات وتبين ماتنطوى عليه من نفع أو ضرر . ومن هذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب فى أن الأولى لاتتوفر إلا لشخص أصاب درجة من التمييز تنهض بقدرته على القيام بالتصرفات القانونية .

٣٠٠ — التمييز بين الأهلية وما يشتبه معها :

تجب التفرقة أولا بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . وبعبارة أخرى هى صلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره فى حقه أى فى ماله . أما الولاية فصلاحية للقيام بعمل ينتج أثره فى حق شخص آخر أى فى مال الغير . فمثلا الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال القاصر والمحجور عليه والغائب . فإذا تولى الوصى عن القاصر القيام ببعض الأعمال القانونية ، فإن عمل الوصى ينتج أثره فى ذمة القاصر ، ولا يقال إن الوصى يقوم بهذه الأعمال لأنه أهل لها ، وإنما يقال إن الوصى يقوم بهذه الأعمال لأن له الولاية على مال القاصر . ومن هذا تكون الأهلية صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، بينما الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦١ .

وترتكز الأهلية على التمييز ، فهى بذلك ترجع إلى اعتبار فى الشخص نفسه . فإذا كان الشخص عديم الأهلية كان ذلك راجعا إلى فقدان التمييز عنده، وهذا الانعدام لايمكن للشخص معه أن يباشر التصرف القانونى بنفسه،ولكن يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه . ومن هذا تجب التفرقة بين حالة انعدام الأهلية وحالات أخرى لايجوز للشخص فيها أن يتصرف فى المال سواء بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه، وذلك لاعتبارات خارجة عنه :

فقد يقف شخص مالا ، فيصبح هذا المال غير قابل للتصرف فيه . وعدم قابلية المال للتصرف صفة تلحق المال ولا تلحق الشخص . فالواقف لايمكنه أن يتصرف فى المال الذى وقفه، لا لأنه غير أهل لذلك، ولكن لأن المال الموقوف لايجوز التصرف فيه ، وذلك نظرا إلى إعتبارات تتعلق بأغراض البر التى رصد هذا المال من أجلها .

وقد يشترط شخص على آخر فى عقد هبة أو فى وصية ألا يتصرف فى المال الموهوب أو الموصى به خلال مدة معينة تحقيقا لمصلحة مشروعة(م ٨٢٣و٨٢٤مدنى)، فيمتنع على الموهوب له أو الموصى له أن يتصرف فى المال طوال هذه المدة . وهذا المنع من التصرف بمقتضى الشرط لاينتقص من أهلية المالك ، وإنما يراد به تحقيق مصلحة مشروعة خلال مدة معقولة من الزمان .

وقد يحرم القانون على الشخص أن يبرم تصرفا معينا . كما هو ممنوع على القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين أن يشتروا الحق المتنازع فيه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى إختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) . وكما هو ممنوع على من ينوب عن غيره أن يشترى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ٤٧٩ مدنى) . فهذا المنع من التصرف لا أثر له على أهلية الشخص ، وإنما فرضه القانون لاعتبارات يراعيها الشارع ، وهى تأكيد نزاهة القضاء وصيانة سمعته فى الصورة الأولى ، وحماية مصلحة الأصيل التى تتعارض مع مصلحة النائب فى الصورة الثانية .

٣٠١ – اقتصار الأهلية على التصرفات القانونية :

إن الأعمال التى تصدر من الشخص وتترتب عليها آثار قانونية قد تكون أعمالا مادية ، وقد تكون أعمالا أو تصرفات قانونية .

والأعمال المادية ذات الأثر القانونى قد يريدها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها، كما إذا صدر من الشخص عمل نافع أثرى به الغير على حسابه دون سبب بأن قام مثلا بإصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزما بذلك . وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته . والحكم فى جميع هـــذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذى يترتب على العمل المـــادى إنما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن إرادة الشخص الذى صدر منه هذا العمل .

أما الأعمال أو التصرفات القانونية فهى أعمال الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى ، حيث تعتمد فى وجودها وفى آثارها على إرادة الشخص ، فالآثار التى تنجم عنها إنما تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون . أى أن هذه الآثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

وأهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية ، فهى تعتمد فى وجودها وفى مداها على مايتوفر للشخص من قدرة إرادية على مباشرة هذه التصرفات . ولهذا قلنا إن مناط الأهلية هو التمييز .

وعليه فالأهلية لاينظر إليها إلا فى خصوص التصرفات القانونية ، فهى التى تبين مدى صلاحية الشخص لمباشرة هذه التصرفات . أما الأعمال المادية ، كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، فإنها لاتستند إلى أهلية عند الشخص فيما يتعلق بترتيب آثارها . وليس صحيحا أن يقال إن الشخص أهل لكسب حق أو تحمل التزام يترتب

على هذه الأعمال ، لأن آثارها تترتب عليها بوصفها مصادر للالتزام ، فهى آثار رتبها القانون كيفما كانت إرادة الشخص .

وما يقضى به القانون من وجوب توافر التمييز عند الشخص لمسئوليته عن أعماله غير المشروعة ، وعدم وجوب ذلك لالتزامه بالتعويض عن الإثراء دون سبب إنما يتعلق بتحديد مدى أهلية الوجوب . فقد نصت المادة ١٦٤ من التقنين المدنى على أنه « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من دفع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » . ونصت المادة ١٧٩ من هذا التقنين على أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد » . وبناء على هذين النصين ذهب البعض إلى أن أهلية الأداء إنما تكون كذلك بالنسبة إلى الأعمال المادية ، فهى تتوافر بالنسبة إلى المسئول عن العمل غير المشروع إذا كان الشخص مميزا ، وتتوافر بالنسبة إلى الالتزام بالتعويض عن الإثراء دون سبب ولو كان الشخص غير مميز . والواقع أن حكم هذين النصين لا علاقة له بأهلية الأداء ، وإنما يتعلق الأمر بأهلية الوجوب كما قلنا . فأهلية الأداء لا تتطلب إلا بالنسبة إلى الوقائع أو التصرفات القانونية ، تلك التى يكون قوامها إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى .

٣٠٢ — تقسيم التصرفات القانونية من حيث الأهلية :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة :

١ — تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهى التى يثرى من يباشرها دون أن يدفع مقابلا . وتشمل أعمال الاغتناء ، كقبول الهبة .

٢ — تصرفات ضارة ضررا محضا ، وهى التى يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلا . وتشمل أعمال التبرع ، كهبة الشخص لماله وإبرائه لمدينه .

٣ — تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، وهى التى تحتمل بأصل وضعها الربح والخسارة . وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة . ويراد بأعمال التصرف تلك التى تنطوى على تقرير حق عينى للغير على الشىء ، كالبيع والرهن بالنسبة إلى الراهن . أما أعمال الإدارة فهى التى ترمى إلى استغلال الشىء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذى أعد له الشىء من قبل ، كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . فإذا كانت تتضمن تغييرا أساسيا فى الشىء أو تعديلا فى الغرض الذى أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة ، كإعادة بناء منزل أو البناء فى أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعى .

فإذا توفرت لدى الشخص أهلية كاملة كان صالحا لمباشرة جميع هذه التصرفات، فيكون أهلا للاغتناء والإدارة والتصرف والتبرع . وإذا كان الشخص ناقص الأهلية، كالصبى المميز والسفيه وذى الغفلة ، فإنه يصلح لمباشرة أعمال الاغتناء وكذلك أعمال الإدارة فى مرحلة معينة كما سنرى ، ولا يصلح وحده لمباشرة أعمال التصرف ، ولا يصلح أبدا لمباشرة أعمال التبرع . وإذا كان الشخص عديم الأهلية ، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه ، فإنه لايصلح لمباشرة أى من هذه التصرفات .

ويلاحظ أن العبرة فى التصرف الذى يدور بين النفع والضرر هى بأصل وضعه . فمثلا إذا كان هذا التصرف بيعا وصدر من صبى مميز ، فإنه يقع قابلا للإبطال حتى لو كان ينطوى على ربح للقاصر ، كأن يكون قد تصرف فى المبيع بأكثر من قيمته . فيتعين على القاضى أن يجيب طلب الإبطال حتى لو بدا له أن هذا الطلب ليس فى مصلحة ناقص الأهلية .

٣٠٣ — الأهلية والإرادة :

الأهلية مناطها التمييز ، والتمييز معناه الإدراك ، وهو أساس الإرادة . ففاقد التمييز فاقد الإرادة وفاقد الأهلية . وناقص التمييز ناقص الإرادة وناقص الأهلية ، وكامل التمييز كامل الإرادة وكامل الأهلية .

إلا أن الحكم يختلف عند الطعن فى التصرف بالبطلان بحسب ما إذا كان سبب الطعن هو انعدام الأهلية أو انعدام الإرادة . فإذا كان من أبرم التصرف صبيا لم يبلغ السابعة أو مجنونا محجورا عليه كان الطعن فى التصرف على أساس انعدام الأهلية ، وفى هـذه الحالة لايكون على الطاعن أن يثبت انعدام الإرادة ، لأن القانون يقضى حينئذ ببطلان التصرف بمقتضى قاعدة موضوعية آمرة تقوم على قرينة ، وليس بمقتضى قرينة قانونية . ويكون تصرف المجنون فى هذه الحالة باطلا حتى لو أبرم التصرف فى فترة إفاقة ، لأنه بالحجر يعتبر فاقد الأهلية قانونا . أما إذا كان من أبرم التصرف مجنونا لم يحجر عليه فإن الطعن فى التصرف يكون على أساس انعدام الإرادة : وفى هذه الحالة يجب على الطاعن أن يقيم الدليل على انعدام الإرادة وقت إبرام التصرف .

وهناك فارق آخر فى هذا الخصوص : وهو أن الطعن بسبب عدم توفر الأهلية اللازمة يكون إما لانعدامها أو لنقصها ، بينما لا يكون الطعن بسبب عدم توفر الإرادة إلا حين انعدامها . ويترتب على ذلك أن عوارض الأهلية التى لاتعدم الإرادة عند الشخص ، وهى السفه والغفلة ، لاتؤثر على صحة التصرف قبل الحجر ، وإنما يكون لها هذا الأثر بعد الحجر بسبب نقص الأهلية .

٣٠٤ — الأصل فى الشخص أنه يكون كامل الأهلية :

تقول المادة ١٠٩ من التقنين المدنى فى هذا المعنى إن « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . فهذا النص يجعل الأصل كمال الأهلية لدى الشخص ، بحيث لايعتبر الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص فى القانون .

ومن هذا يكون كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الظاهر فيما يتعلق بعبء الإثبات . وعلى من يدعى عدم الأهلية أن يثبت مايدعيه : فإذا قام الدليل على انعدام الأهلية أو نقصها كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال . ولا يقبل من الطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن من يتعاقد معه كامل الأهلية .

لـكن إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، فإن هذا منه يعتبر عملا غير مشروع يؤدى إلى التزامه بالتعويض عن الضرر الذى يصيب الطرف الآخر . وتقول المادة ١١٩ من التقنين المدنى فى هذا المعنى إنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهـذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » . فهذه الطرق الاحتيالية من جانب ناقص الأهلية ، ولو أنها لا تهدر حقه فى طلب إبطال العقد ، إلا أنها تؤدى إلى إلزامه بالتعويض . وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو إبقاء العقد ، إذ أن القواعد العامة تجيز أن يتخذ التعويض هذه الصورة . ومعنى هذا أن إلزام ناقص الأهلية فى هذه الحالة بما تعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذى سببه عمله غير المشروع ، ولا يكون أساسه العقد . وواضح من النص أنه لا يكفى لانطباق حكمه أن يقتصر ناقص الأهلية على مجرد الـكذب ، بأن يؤكد لمن يتعاقد معه أنه كامل الأهلية ؛ بل يجب أن يلجأ فى هذا الشأن إلى طرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت بها أنه بلغ الرشد .

٣٠٥ – أحكام الأهلية من النظام العام :

تتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام . فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوافر له بحكم القانون ، أو حرمانه من أهلية يخولها القانون إياه . وهذا ما تقضى به المادة ٤٨ من التقنين المدنى ، إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . فإذا اتفق شخص رشيد مع آخر على النزول عن أهليته فى التصرف فى ماله كان هذا النزول باطلا . وإذا باع قاصر عقارا وتعهد للمشترى بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه الرشد كان هذا التعهد باطلا .

المطلب الثانى
أحكام الأهلية

٣٠٦ – العوامل التى تتأثر بها الأهلية :

وضح لنا مما تقدم أن أهلية الأداء هى قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية ، ولهذا كان مناط الأهلية هو التمييز أو الإرادة . ففاقد التمييز فاقد الأهلية ، وناقص التمييز ناقص الأهلية ، وكامل التمييز كامل الأهلية .

ولما كان التمييز يكتمل تدريجيا لدى الإنسان بحسب السن ، فإن الأهلية تتدرج هى أيضا تبعا لذلك . ومن هذا كان السن هو العامل الأول الذى تتأثر به الأهلية . وقد يبلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن يطرأ عليه عارض يتأثر به التمييز عنده ، فيكون لهذا العارض أثره بالتالى على الأهلية . وقد يكون الإنسان رشيداً لم يصبه عارض يؤثر على أهليته ،ومع ذلك يقوم لديه مانع طبيعى أو مادى أو قانونى يحول دون مباشرة الأهلية .

فهذه إذا عوامل ثلاثة تتأثر بها الأهلية نتناولها فيما يلى ، فنتكلم فى تدرج الأهلية بحسب السن ، ثم فى عوارض الأهلية ، ثم فى موانع الأهلية .

أولا : تدرج الأهلية بحسب السن

٣٠٧ – أدوار السن بالنسبة إلى الأهلية :

تنقسم حياة الإنسان بالنسبة إلى الأهلية إلى ثلاثة أدوار : الدور الأول من وقت الولادة إلى سن التمييز ، وهى السابعة ، وفيه يكون الصبى غير مميز . والثانى من سن التمييز إلى سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة ،وفيه يكون الصبى مميزا . وفى هذين الدورين يطلق على الصغير اصطلاح « القاصر » . والثالث من سن الرشد إلى الموت ، وفيه يكون الإنسان بالغا رشيداً .

وقد ربط القانون فى هذه الأدوار بين السن ودرجة الأهلية ، فاعتبر الصبى غير

المميز عديم الأهلية ، والصبي المميز ناقص الأهلية ، والبالغ الرشيد كامل الأهلية . كذا بين حكم التصرفات التي تصدر من الشخص في كل من هذه الأدوار من حيث الصحة والبطلان . وهذا كله بمقتضى قواعد موضوعية تقوم على قرائن ، وليس بمقتضى قرائن قانونية .

٣٠٨ – (١) الصبي غير المميز :

يكون الصبي غير مميز من وقت ولادته إلى سن التمييز وهي السابعة . ففي هذه الفترة يكون فاقد التمييز لضعف بنيته وقصور عقله ، فلا تكون له أهليته أداء مطلقا . وفي هذا تقول المادة ٤٥ من التقنين المدني : « ١ – لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن . ٢ – وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » .

وعليه فجميع تصرفات الصبي غير المميز تقع باطلة ، حتى لو كانت نافعة له نفعا محضا كقبول الهبة . وهذا ماتقضي به المادة ١١٠ من التقنين المدني ، إذ تنص على أنه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » . ذلك أن الإرادة هي قوام التصرف القانوني ، والصبي غير المميز عديم الإرادة ، وبذلك تكون تصرفاته باطلة . والبطلان هنا مطلق ، بحيث لا يكون للتصرف وجود قانوني فلا يترتب عليه أثر . ومن ثم يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولايزول بالإجازة من أحد .

٣٠٩ – (٢) الصبي المميز :

يكون الصبي مميزاً من سن التمييز ، وهي السابعة ، إلى سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية . ولا يقصد بوصفه مميزا أنه أصاب تمييزا كاملا ، فهذا معناه بلوغ الرشد ، وإنما يقصد بهذا الوصف أن الصغير قد توفرت له بعض أسباب التمييز ، فهو لايزال ناقص العقل ، ولذلك يكون ناقص الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦ من التقنين المدني بقولها إن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

وتقول المادة ١١١ من التقنين المدنى فى حكم تصرفات الصبى المميز ما يأتى :
« ١ - إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون » .

ويتبين من هذا أن الصبى المميز له أن يباشر التصرفات النافعة نفعا محضا ، إذ تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة إليها؛ وليس له أن يباشر التصرفات الضارة ضررا محضا ، إذ يكون عديم الأهلية بالنسبة إليها ، فإن باشرها وقعت باطلة . ولا يستطيع أن يباشرها عنه الولى أو الوصى إلا فى الحدود التى سنراها عند الكلام فى الولاية على المال . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون له بالنسبة إليها أهلية ناقصة ، إذ هو لا يملك مباشرتها ، وإنما يتولاها عنه الولى أو الوصى فى الحدود التى سنذكرها فيما بعد ، فإذا قام بها الصغير نفسه وقعت قابلة للإبطال . وهذا الإبطال يطلبه الولى أو الوصى أو الصغير بعد بلوغه الرشد . ويصبح التصرف صحيحا بصفة نهائية بحيث لا يمكن طلب إبطاله إذا أجازه الصغير بعد بلوغه الرشد ، أو أجازه الولى أو الوصى أو المحكمة بحسب ما خوله القانون كلا منهم من سلطة القيام بالتصرف أو الإذن به كما سنرى . كما يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتم التمسك به خلال ثلاث سنوات من يوم اكتمال الأهلية . ويلاحظ أن إبطال التصرف لا يتمسك به إلا من شرع الإبطال لمصلحته ، وهو هنا ناقص الأهلية ؛ فلا يجوز لمن تعاقد معه أن يطلب الإبطال على أساس هذا النقص فى الأهلية (١) .

---

(١) وتستثنى من ذلك الإجراءات القضائية التى يتخذها ناقص الأهلية ، إذ يجوز للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوى أو بعدم السير فيها . فقد قضت محكمة النقض بأن « الأصل فى التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، وكذلك الإجراءات القضائية المتعلقة بها التى يباشرها ناقص الأهلية أو يباشرها عنه نائبه الذى ينقصه الإذن فى مباشرتها ، الأصل فيها هو الصحة ما لم يقض بإبطالها لمصلحة ناقص الأهلية دون الطرف الآخر . ولكن لما كان الوضع يختلف فى الإجراءات القضائية عنه فى التصرفات من ناحية أن —

تلك هى القاعدة فيما يتعلق بمدى الأهلية التى تتوفر للصبى المميز : غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة فى حالات معينة نذكرها فيما يأتى :

١ — تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » : وبهذا تتوفر للصبى المميز(١) أهلية الإدارة والتصرف فى ماله المخصص لأغراض نفقته(٢)، فلا تكون له أهلية التبرع بهذا المال(٣) . وقد حماه الشارع فى هذا المجال ، فلم يجعل التزامه المتعلق بهذه الأغراض صحيحا إلا فى حدود هذا المال فحسب :

= الطرف الآخر يشارك فى التصرفات مختارا فى حين أنه يخضع للإجراءات القضائية على غير إرادته ، ومن المسلم أن له مصلحة فى ألا يتحمل إجراءات مشوبة وغير حاسمة للخصومة ، لما كان ذلك جاز له استثناء فى سبيل حماية هذه المصلحة ، وبالقدر الذى تستلزمه هذه الحماية أن يدفع فى هذه الحالة بعدم قبول الدعوى أو بعدم السير فيها» (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٢ — ١٦٢ — ٣١) .

(١) يرى البعض أن هذا الحكم يتعلق بالنسبة إلى القاصر سواء كان صبيا مميزا أو غير مميز ، وذلك استنادا إلى عبارة النص وإلى الحكمة من تقرير الاستثناء . لكن يلاحظ على هذا الرأى أن الصبى غير المميز عديم الارادة، ولذلك فإن المذكرة الإيضاحية المشار إليها فيما يلى تبين أن المقصود بالقاصر فى هذا الحكم هو ناقص الأهلية أى الصبى المميز . فهذا هو الشخص الذى يتوافر له قدر من التمييز ينهض بتقرير الاستثناء لصالحه .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الولاية على المال فى هذا المعنى ما يأتى : « وقد أريد بهذا النص التوفيق بين القواعد التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان وبين الضرورات العملية التى تجعل ناقص الأهلية مسلطا بحكم الواقع على مال يتعامل الناس فى حدوده وكلهم مطمئن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته لأغراض جديرة بالرعاية . ولذلك رأى المشرع أن يساير بعض التشريعات الأجنبية ، فيقرر للقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلا للإدارة والتصرف، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة ، والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة مع الاعتداد بظروف الأشخاص وبيئتهم الاجتماعية » .

(٣) يرى فريق من الفقه أن الصبى المميز تثبت له أهلية مباشرة جميع التصرفات فى خصوص هذا المال بما فيها أعمال التبرع . لكن يلاحظ على هذا الرأى أن اصطلاح التصرف فى نصوص قانون الولاية على المال إنما يقتصر على أعمال التصرف بالمعنى الذى حددناه فيما تقدم ، فلا يشمل أعمال التبرع .

٢ — وتنص المادة ٦٢ من هذا القانون على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة » . ومن هذا يملك الصبى المميز إبرام عقد العمل الفردى ، فيقع العقد صحيحا غير قابل للإبطال . ولكن ، رعاية لمصلحة القاصر ، إذا وجدت أسباب تدعو إلى إنهاء العقد ، كالخشية على صحته من وطأة مشقة العمل أو الرغبة فى توجيه وجهة أخرى أو الحرص على تعليمه لضمان مستقبل أفضل ، فإن للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تقضى بإنهاء العقد .

٣ — وتنص المادة ٦٣ من هذا القانون على أنه « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته — ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » . فالقاصر الذى بلغ السادسة عشرة تكون له أهلية الإدارة والتصرف فى أجره أو مرتبه أو كسبه من مهنته . وقد أراد الشارع بهذا الحكم أن يشجع القاصر الذى توفرت لديه فى هذه السن القدرة على الكسب ، لأن امتداد سلطة الولى أو الوصى إلى ما يكسبه من عمله يثبط همته ويحد من رغبته فى السعى والإنتاج . كما حماه الشارع فى هذا المجال ، فلم يجعله مسئولا عن ديونه المتعلقة بهذا النشاط إلا فى حدود المال الذى كسبه من عمله ، وذلك حتى لا يضار فى أمواله الأخرى . وإذا اقتضت مصلحته أن يقيد تصرفه فى هذا المال ، كما هى الحال إذا أساء التصرف فيه ، فإن للمحكمة أن تخضعه فى شأنه للولاية أو الوصاية .

٤ — وتنص المادة ٦٠ من هذا القانون على أنه « إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق » . فإذن المحكمة فى زواج القاصر ، سواء كان ذكرا أم كانت أنثى ، يجعل للقاصر أهلية التصرف فى المهر والنفقة . حيث يكون للزوج أن يباشر إعطاء المهر والنفقة للزوجة ، ويكون للزوجة أن تتصرف فيما تأخذه من مهر أو نفقة .

٥ — وتنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . فالقاصر فى سن الثامنة عشرة يكون له أهلية فيما يتعلق بأعمال الإدارة ، وذلك بشرط أن يؤذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ممن يملك هذا الإذن ، وفى الحدود التى يرسمها قانون الولاية على المال .

فيشترط لتوافر هذه الأهلية أن يؤذن للقاصر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وللولى أن يأذن للقاصر فى ذلك ، ويكون هذا الإذن بإشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر ، وذلك مع مراعاة الشهر الواجب طبقاً للمادة ١٠٢٧ مرافعات (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) . ويجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر فى ذلك ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض (م ٥٥) . وإذا قصر القاصر فى تقديم الحساب السنوى الواجب عليه أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله (م ٥٩) .

وأهلية الإدارة التى تتوفر للقاصر فى هذه السن ليست كاملة . فله أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة(١) ، ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز له أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦) .

---

(١) يلاحظ أن المادة ٣٥ من قانون الاصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ تقضى بأنه « لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأرض الزراعى عن ثلاث سنوات » . ويترتب على ذلك أن القاصر فى الحالة التى نحن بصددها لم يعد فى استطاعته أن يؤجر الأرض الزراعية لمدة سنة ، وإنما عليه الحصول على إذن فى تأجيرها لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات .

وتقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه «لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا» . فالإذن بالإدارة لا يتضمن الإذن بالاتجار . وإنما يستطيع القاصر فى هذه السن أن يزاول التجارة إذا صدر له فى ذلك إذن خاص ، وفى حدود هذا الإذن .

ويعتبر القاصر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه (م ٦٤) .

وإذا كانت النصوص صريحة فى أن الإذن إنما يتناول أعمال الإدارة فحسب فى حدود معينة ، إلا أن للقاصر كذلك بحكم طبيعة الأشياء أن يقوم بأعمال التصرف التى تقتضيها هذه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة .

ويخضع القاصر المأذون فى إدارته لرقابة المحكمة . فقد نصت المادة ٥٨ من قانون الولاية على المال على ما يأتى : «على المأذون له فى الإدارة أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شىء منه إلا بإذن منها» .

٦ — تجيز المادة الخامسة من قانون الوصية وصية القاصر الذى بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية ، على أن يكون ذلك بإذن المحكمة الحسبية . ويبرر هذا الحكم ، رغم كون الوصية من التصرفات الضارة ضررا محضا ، أن الوصية لا تلحق ضررا بمال الموصى لأنها لا تنفذ إلا بعد وفاته(١) ، وأن المحكمة فيما لها من سلطة الإذن أو الرفض تقدر مدى سلامة التصرف .

٣١٠ – (٣) البالغ الرشيد :

تنص المادة ٤٤ من التقنين المدنى على أن « ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية(٢) ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
٢ — وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » .

---

(١) وهذه هى حجة الشافعى فى إجازة وصية الصبى المميز .

(٢) يعتبر الشخص متمتعا بقواه العقلية إذا لم يكن مجنونا أو معتوها ، فلا يؤثر على قواه العقلية أن يكون سفيها أو ذا غفلة .

ذلك أن الأصل فى الشخص أن يتوفر له الإدراك الكامل ببلوغه سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية ، فيصبح كامل الأهلية ، بحيث يصلح لمباشرة جميع التصرفات القانونية . ومقتضى هذا أن تنتهى الولاية أو الوصاية على ماله فى هذه السن. ولكن قد يعرض له قبل بلوغ هذه السن عارض يصيب العقل كالجنون أو العته ، أو يفسد التدبير كالسفه أو الغفلة ، فتحكم المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، وفى هذه الحالة لاتكتمل أهليته رغم بلوغه هذه السن . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الولاية على المال فى هذا المعنى على أنه « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه » . كما نصت المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه « تنتهى مهمة الوصى ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه » .

ويظهر من نص المادة ٤٤ مدنى الذى ذكرناه أنه يشترط لاكتمال الأهلية عند الشخص ببلوغه سن الرشد أن يكون متمتعا بقواه العقلية . ومقتضى هذا أن الشخص إذا بلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها فإنه يعتبر فاقد الأهلية حتى ولو لم يصدر حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وقد كان هذا الحل متفقا مع حكم قانون المحاكم الحسبية الذى كان نافذا من قبل ، حيث كانت المادتان ١٣ و ٣٠ من هذا القانون تقضيان بأن تنتهى الولاية أو الوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، مالم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر ، إلا إذا بلغها مجنونا أو معتوها فإن الولاية أو الوصاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة .

ولكن المادتين ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال ، وهو الذى صدر بعد صدور التقنين المدنى وحل محل قانون المحاكم الحسبية ، لاتشترطان لانتهاء الولاية أو الوصاية أن يكون القاصر عند بلوغه سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، بل تكتفيان لذلك ببلوغ هذه السن مالم تكن المحكمة قد حكمت باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . فإذا

وقد رأينا تطبيقا لذلك أن الجنون والعته يؤثران فى صحة التصرف رغم عدم الحجر على أساس انعدام الارادة . أما السفه والغفلة فلا يؤثران فى صحة التصرف إلا بعد الحجر على أساس نقص الأهلية .

راعينا هذا الحكم فيما يتعلق بانتهاء الولاية أو الوصاية ، إلى جانب ماتقضى به المادة ٤٤ مدنى من اعتبار الشخص فاقد الأهلية إذا بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية ولو لم تحكم المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، لترتب على ذلك أن الشخص الذى يبلغ سن الرشد على هذه الحال يكون عديم الأهلية ولكن الولاية أو الوصاية عليه تكون قد انتهت بحكم القانون ، فيظل كذلك إلى أن يصدر قرار من المحكمة بالحجر عليه وتعيين قيم له .

ولتلافى هذه النتيجة اختلف الفقه فى طريقة التوفيق بين حكم المادة ٤٤ مدنى وحكم المادتين ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال . ولكنا نفضل الرأى الفقهى الذى يذهب إلى اعتبار الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد ، فتنتهى الولاية أو الوصاية عليه مالم يصدر قبل هذا البلوغ قرار من المحكمة ينفى الأهلية عنه بسبب عدم تمتعه بقواه العقلية ويقضى باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وذلك على أساس أن الأصل هو اكتمال القوى العقلية عند الشخص ببلوغه سن الرشد ، وبالتالى اكتمال الأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ، ومن ثم يلزم صدور حكم بما يخالف هذا الأصل ينفى الأهلية رغم بلوغ هذه السن بسبب الجنون أو العته ويمد الولاية أو الوصاية إلى مابعد هذا البلوغ . ويمتاز هذا الرأى ، فضلا عن اتفاقه مع الأصول العامة على هذا النحو ، بأنه يؤدى إلى استقرار التعامل ، حيث يستطيع الغير أن يعلم بانعدام الأهلية واستمرار الولاية أو الوصاية بمقتضى الحكم الذى صدر فى هذا الشأن .

ومن هذا نتهى إلى أنه إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، أصبح رشيداً ، فتكون له أهلية كاملة بحيث يستطيع مباشرة جميع التصرفات القانونية . أما إذا حكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية فإنه يظل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض الذى أصابه .

وإذا كان البالغ الرشيد تتوفر له أهلية كاملة بالنسبة إلى جميع التصرفات ، إلا أن الشارع خرج هذه القاعدة حماية له من أن يقع تحت تأثير الوصى فيما يتعلق بالناحية المالية ، حيث قضت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال بأن يكون قابلا للإبطال كل تعهد

أو مخالصة تصدر منه لمصلحة الوصى إذا صدرت هذه أو تلك خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب الذى يجب على الوصى أن يقدمه عن إدارته .

ثانيا : عوارض الأهلية

٣١١ – تعريف :

عوارض الأهلية هى أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده ، وبالتالى على أهليته . وقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدى إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وقد تطرأ بعد بلوغ الشخص الرشد فتعدم أهليته أو تنتقص منها . وهى إما عاهات تصيب العقل ، وهى الجنون والعته ، أو عاهات تفسد التدبير ، وهى السفه والغفلة .

وعوارض الأهلية كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص وتأثيرها بالتالى على أهليته . ولكنها تختلف عن السن فى أنها لا تعدم الأهلية أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر . فإذا حجر على الشخص أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها طالما كان الحجر قائما . فلا تعود الأهلية إلى الشخص بزوال العارض ، وإنما تعود إليه برفع الحجر بناء على زوال العارض .

ويلاحظ ماسبق أن أشرنا إليه من فارق بين العوارض التى تعدم الإرادة وتلك التى لا تعدمها . فالجنون والعته يعدمان الإرادة عند الشخص ، فيكون تصرفه قبل الحجر باطلا لانعدام الإرادة ويتعين إقامة الدليل على ذلك ، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلا لانعدام الأهلية بمقتضى الحجر . أما السفه والغفلة فلا يعدمان الإرادة عند الشخص ، فيكون تصرفه قبل الحجر صحيحا ، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلا أو قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية بمقتضى الحجر .

وتنص المادة ١١٣ من التقنين المدنى على أن « المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » . وهذا القانون هو قانون الولاية على المال ؛ إذ تنص المادة ٦٥ منه على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر

إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

٣١٢ – (١) الجنون :

الجنون اضطراب فى العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، وبالتالى فاقد الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ فقرة أولى من التقنين المدنى فقالت إنه « لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون » .

ولكن يشترط لاعتبار المجنون فاقد الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه(١) . وتقع تصرفاته باطلة . فحكم المجنون المحجور عليه حكم الصبى غير المميز تماما . وقد نصت المادة ١١٤ فقرة أولى من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . كما تقضى المادة ١٠٢٨ من تقنين المرافعات بأنه يترتب على تسجيل طلب الحجر مايترتب على تسجيل قرار الحجر فى تطبيق أحكام القانون المدنى . ومن ثم فتصرف المجنون لايكون باطلا لفقدان الأهلية إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٠٢٦ مرافعات) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر (م ١٢٠٧ مرافعات) .

وإذا حجر على المجنون فجميع تصرفاته باطلة مطلقاً ، حتى ماصدر منها فى أوقات الإفاقة . فالحجر هو الإجراء الذى به يعتبر المجنون فاقد الأهلية ، وبذلك فكل تصرف بعد الحجر يقع باطلا طالما أنه لم يرفع ، لافرق فى ذلك بين تصرف يصدر فى وقت الجنون وآخر يقع فى وقت الإفاقة . وهذا الحكم يخالف ماتأخذ به الشريعة الإسلامية ، فهى تفرق بين جنون مطبق وجنون متقطع ، وفى هذه الحالة الأخيرة يعتبر التصرف

---

(١) وفى هذا يختلف القانون المصرى عما يذهب إليه الفقه الإسلامى . فى الشريعة الإسلامية تنعدم أهلية المجنون بقيام حالة الجنون دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه ، وتعود إليه الأهلية بزوال الجنون دون حاجة إلى قرار برفع الحجر عنه .

صحيحا إذا صدر فى حالة إفاقة . ولكن القانون لايأخذ بهذه التفرقة إذا ماحجر على المجنون . فالأهلية التى يفقدها المجنون بالحجر لاتعود إليه بالإفاقة ، وإنما تعود برفع الحجر عنه .

وهناك حالتان استثنائيتان يقع فيهما التصرف باطلا لفقدان الأهلية رغم صدوره قبل تسجيل طلب الحجر أو الحكم به : وقد نصت عليهما المادة ١١٤ فقرة ثانية من التقنين المدنى فقالت : « أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . فقد أراد الشارع أن يحمى المجنون رغم عدم توقيع الحجر عليه إذا كان من يتعامل معه سيىء النية ، بأن يعلم بحالة الجنون ، أو كانت هذه الحالة شائعة بحيث يكون فى وسعه أن يعلم بها : ففى هاتين الحالتين يكون التصرف باطلا بسبب إنعدام الأهلية ، فلا يكون على من يتمسك بالبطلان أن يقيم الدليل على إنعدام الإرادة . أما فى غير هاتين الحالتين فلا يمكن الطعن فى التصرف إلا على أساس إنعدام الإرادة ، وحينئذ يتعين إقامة الدليل على ذلك(١) :

---

(١) وقد ذهب فريق كبير من الفقه إلى تعميم الحكم الوارد فى النص المذكور ، بمعنى أن فى غير الحالتين المذكورتين فى النص يكون تصرف المجنون قبل تسجيل قرار الحجر صحيحا . وذلك بحجة أن الرأى الذى ذكرناه فى المتن يخالف النص ، كما يؤدى إلى بطلان كل تصرفات المجنون قبل الحجر مما يجعل النص عديم الفائدة . لكن يلاحظ على هذا الرأى أن المادة ١١٤ مدنى إنما تتناول حكم تصرفات المجنون على أساس إنعدام الأهلية بحسب المقام الذى وردت فيه، فهى تتضمن فى الفقرة الأولى حكم هذه التصرفات بعد تسجيل قرار الحجر ، وتتضمن فى الفقرة الثانية حكم هذه التصرفات قبل تسجيل قرار الحجر فى حالتين يعتبر فيهما المجنون عديم الأهلية استثناء . ففيما عدا هاتين الحالتين يخضع التصرف قبل الحجر لحكم القواعد العامة . وليس صحيحا أن الرأى الذى قلناه يجعل النص عديم الفائدة،فقد أوضحنا أنه فى الحالتين المذكورتين فى النص يكون البطلان على أساس إنعدام الأهلية فلا يتعين إقامة الدليل على تخلف الإرارة ، أما فى غير هاتين الحالتين فيكون البطلان على أساس إنعدام الإرادة وفقا للقواعد العامة وحينئذ تجب إقامة الدليل على تخلف الإرادة .

٣١٣ – (٢) العته :

العته كالجنون خلل يصيب العقل ، ولكنه يختلف عن الجنون فى أن صاحبه لايكون فى حالة هياج ، فهو عبارة عن جنون هادئ .

والعته من الناحية الطبيعية يختلف عن الجنون فى أنه تارة يعدم التمييز عند الشخص ، وتارة يحد منه فحسب : وتأخذ الشريعة الإسلامية بهذه التفرقة ، فتعطى المعتوه فى الحالة الأولى حكم الصبى غير المميز والمجنون ، وتعطيه فى الحالة الثانية حكم الصبى المميز .

ولكن القانون لايأخذ بهذه التفرقة . فالمعتوه حكمه حكم المجنون فى جميع الأحكام ، فهو فاقد الأهلية كالمجنون ، وتقع تصرفاته باطلة . وهذا ظاهر من النصوص التى سقناها فى الكلام عن المجنون .

٣١٤ - (٣) السفه :

السفه هو تبذير المال على غير مقتضى العقل . فهو لا يصيب العقل ، بل يصيب التدبير . إذ أنه فى حقيقته خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف مايوجبه العقل مع قيام العقل حقيقة ، ولذلك فهو لايجعل الشخص عديم الأهلية ، وإنما يجعله ناقصها . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦ من التقنين المدنى فقالت إن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

ولكن يشترط لاعتبار السفيه ناقص الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه . فقبل الحجر تكون تصرفاته صحيحة كما سبق أن فصلنا . أما بعد الحجر فحكم تصرفاته هو حكم تصرفات الصبى المميز على النحو الذى قدمناه : حيث تكون تصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة ، وتصرفاته الضارة ضرراً محضا باطلة ، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال . وقد نصت المادة ١١٥ فقرة أولى من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر

سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » . كما رأينا أن المادة ١٠٢٨ من تقنين المرافعات تقضى بأنه يترتب على تسجيل طلب الحجر مايترتب على تسجيل قرار الحجر فى تطبيق أحكام القانون المدنى . ومن ثم فتصرف السفيه لايكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٠٢٦ مرافعات) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر (م ١٠٢٧ مرافعات) .

وهناك حالتان استثنائيتان يقع فيهما التصرف باطلا أو قابلا للإبطال لنقص الأهلية رغم صدوره قبل تسجيل طلب الحجر أو الحكم الصادر به . وقد نصت عليهما المادة ١١٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى فقالت : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . والمقصود بالاستغلال هنا أن يكون الغير عالما بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها ، وذلك بأن يدفع السفيه إلى تصرفات يستغله بها كى يحصل على ميزات تجاوز الحد المعقول. ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفيه ومن يتعاقد معه فيتواطآن على المبادرة إلى إبرام تصرف قبل توقيع الحجر للفرار من أثر هذا الحجر . فقد أراد الشارع فى هاتين الحالتين أن يحمى السفيه إذا كان من يتعاقد معه سيء النية على هذا النحو . ففى غير هاتين الحالتين يقع تصرف السفيه صحيحا وفقا للقواعد العامة .

تلك هى القاعدة فيما يتعلق بمدى أهلية السفيه . غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة فى الحالتين الآتيتين :

١ — خول القانون السفيه أهلية فيمايتعلق بأعمال الإدارة ، وذلك بشرط أن يؤذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، وفى الحدود التى رأيناها بالنسبة إلى القاصر المأذون له فى ذلك(١) . فقد نصت المادة ١١٦ فقرة ثانية من التقنين المدنى على أنه « تكون أعمال

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٠٩ . إنما يلاحظ أن الإذن للسفيه أو ذى الغفلة فى تسلم أمواله لإدارتها لايكون إلا من المحكمة وفقا لما تقضى به المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال، بينما يكون الإذن للصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة من الولى أو من المحكمة (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه(١) ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . وقد رسم قانون الولاية على المال هذه الحدود ، حيث نصت المادة ٦٧ منه على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون » .

٢ — أجاز القانون للسفيه اثنين من التصرفات الضارة ضرراً محضا ، وهى الوقف والوصية ، بشرط أن تأذن له المحكمة فى ذلك . فقد نصت المادة ١١٦ فقرة أولى من التقنين المدنى على أنه « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا ، متى أذنته المحكمة فى ذلك » . كما نصت على هـذا الحكم بالنسبة إلى الوصية المادة الخامسة من قانون الوصية فقالت إنه « يشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المحكمة الحسبية » . ويتضح من هذا النص أن الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة يجوز له أن يبرم وصية بإذن المحكمة ، شأنه فى ذلك شأن السفيه وذى الغفلة ، ولكن لايجوز له ذلك بالنسبة إلى الوقف .

وفيما يتعلق بالاستثناءات الأخرى التى رأيناها بالنسبة إلى الصبى المميز فإن الشارع لم ينص عليها فى خصوص السفيه وذى الغفلة . ونعتقد أن السفيه وذا الغفلة تثبت لهما بطريق القياس أهلية مباشرة التصرفات التى أجازها الشارع فى هذه الاستثناءات للصبى المميز إلا حيث لا تسمح حالة السفه والغفلة بذلك . فيكون للسفيه أو لذى الغفلة أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، وأن يبرم عقد العمل الفردى ، وأن يتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره إلا إذا قيدت المحكمة أهليته فى ذلك ، وأن يتصرف فى المهر والنفقة إذا أذنته المحكمة فى الزواج . ولكن لايجوز للمحكمة أن تأذن له بمزاولة التجارة ، لأن حالة السفه أو الغفلة تتجافى مع ماتتطلبه التجارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور .

---

(١) يلاحظ أن عدم ذكر ذى الغفلة فى هذا النص إنما هو من قبيل السهو من جانب الشارع ، فحكمه فى هذا الشأن هو حكم السفيه ، ولذلك نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال .

٣١٥ – (٤) الغفلة :

ذو الغفلة هو الذى لايهتدى إلى ماهو فى صالحه من التصرفات لطيبة قلبه ، فيغبن فى معاملاته ؛ وحكمه حكم السفيه فى كل شىء . ولذلك ورد ذكره فى جميع النصوص التى رأيناها فى الكلام عن السفيه .

ثالثاً : موانع الأهلية

٣١٦ – تعريف :

إذا بلغ الشخص سن الرشد ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، ولم يحجر عليه بعد بلوغه هذه السن لعارض من عوارض الأهلية التى تقدم ذكرها ، كان كامل الأهلية . غير أن ظروفا قد تقوم لديه فتمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده فى مباشرتها . فهى ظروف ليس من شأنها أن تؤثر فى أهلية الشخص ، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها ، وإنما هى تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونيه أو تجعل من المتعذر عليه أن ينفرد بمباشرتها .

وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة : مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد ، ومانع مادى هو الغيبة ، ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية .

٣١٧ – (١) العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد :

قد يكون الشخص كامل الأهلية بحيث لا تشوب التميز أو التدبير عنده شائبه ، ومع ذلك يقوم لديه ظرف من عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد ، فيتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته تعبيراً واضحا يمكن فهمه فهما صحيحا أو يستعصى عليه الإلمام بجميع العناصر اللازمة لتقدير وجه المصلحة فيما يقدم عليه من تصرفات . وهذا الوضع من شأنه أن يجعل انفراد مثل ذلك الشخص بإبرام التصرفات الهامة أمراً غير

مأمون العاقبة بالنسبة إلى أمواله ، مما يقتضى أن يعين له مساعد يكون عونا له فى مباشرة هذه التصرفات .

وقد نصت المادة ١١٧ فقرة أولى من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحة فيها ذلك » . ونصت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ ٥ - ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » .

ويتضح من هذا أن التقنين المدنى كان يقصر المساعدة القضائية على حالة العاهة المزدوجة ، ولكن قانون الولاية على المال أضاف إلى ذلك حالة العجز الجسمانى الشديد . وبذلك أصبح نظام المساعدة القضائية يتسع لكل حالة من حالات العجز ترى المحكمة أنها تقتضى تعيين مساعد قضائى :

حيث يجوز للمحكمة أن تعين للشخص مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات الهامة إذا توافر شرطان : الأول أن يصاب هـذا الشخص بعاهتين من العاهات الثلاث المذكورة ، وهى الصمم والبكم والعمى . أو يصاب بعجز جسمانى شديد ، كأن يكون مريضا بمرض يضعف من قواه إلى حد كبير ، أو يعتريه ضعف شديد لكونه طاعنا فى السن . والثانى أن يتعذر عليه بسبب العاهه المزدوجة أن يعبر عن إرادته ، أو يخشى عليه بسبب العجز الجسمانى الشديد من أن ينفرد بمباشرة التصرف . وهذا أو ذاك أمر تقدره المحكمة فى ضوء ظروف كل حالة على حدة . فإذا كان الشخص قد تلقى تعليما خاصا يمكنه من التعبير عن إرادته بطريقة معينة رغم إصابته بالعاهة المزدوجة ، أو كان العجز الجسمانى لديه لا يحول دون أن يكون فى استطاعته الإحاطة بالعناصر اللازمة لتقدير وجه المصلحة فيما يقدم عليه من تصرفات ، فلا يكون هناك وجه لأن تفرض عليه المساعدة القضائية .

وقد كانت القاعدة فيما يتعلق بتحديد التصرفات التى تشملها المساعدة القضائية أنه يترك للقاضى أمر هذا التحديد بحسب ماتقتضيه مصلحة الشخص ، وذلك وفقا لما تقضى به المادة ١١٧ /١ مدنى التى ذكرناها وما كانت تقضى به كذلك المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية . ولكن الشارع فى المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التى ذكرناها لم يترك أمر هذا التحديد لتقدير القاضى كما كان مقرراً من قبل ، وإنما حدد هذه التصرفات بأنها تلك التى تنص عليها المادة ٣٩ من هذا القانون ، وهى التصرفات التى لايجوز للوصى أن يباشرها إلا بإذن من المحكمة كما سنرى . ومن ثم إذا تقررت المساعدة القضائية وجب أن تشمل هذه التصرفات جميعها ، بحيث لايجوز للقاضى أن يقصر المساعدة على بعض هذه التصرفات دون البعض الآخر ، كما لايجوز له أن يمد المساعدة إلى غير هذه التصرفات . غير أنه يلاحظ أن هذه التصرفات تدور بين النفع والضرر ، فلا يعقل أن تشملها المساعدة دون أن تمتد إلى التصرفات الضارة ضرراً محضا وهى التى تتناول أعمال التبرع ، ولذلك فإنه على أساس القياس من باب الأولى تشمل المساعدة كذلك هذه التصرفات الضارة . أما التصرفات التى يجوز للوصى أن يباشرها بغير إذن من المحكمة ، كالتأجير لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة لا تزيد على سنة فى المبانى ، فلا تشملها المساعدة(١) .

وإذا تقررت المساعدة القضائيه وجب على المساعد القضائى أن يعاون من تقررت

---

(١) ولذلك يرى البعض أنه كان يحسن أن يترك الشارع أمر تحديد التصرفات التى تشملها المساعدة لتقدير القاضى كما كان مقررا من قبل . وهناك رأى يذهب إلى أن ضرورة التوفيق بين نص المادة ١١٧٪١ مدنى والمادة ٧٠ من قانون الولاية على المال تؤدى إلى ترك الأمر لتقدير القاضى فيما يتعلق بتحديد التصرفات التى تشملها المساعدة ، إذ أن الشارع لم يرد بما أورده من تحديد فى قانون الولاية على المال سوى إقامة قرينة على أن التصرفات المذكورة فى المادة ٣٩ من هذا القانون تقتضى مصلحة الشخص فيها أن تتقرر المساعدة ، فلا تكون هناك حاجة إلى إقامة الدليل على توافر هذه المصلحة . ولكنا نعتقد أن هذا الرأى لاتحتمله نصوص قانون الولاية على المال ، إذ أن عبارة المادة ٧٠ من هذا القانون واضحة فى دلالتها على أن الشارع لم يرد ترك الأمر لتقدير القاضى فى هذا الخصوص . فهذا هو المعنى الظاهر للنص ، وليس هناك دليل يقتضى تأويله على النحو الذى يقول به ذلك الرأى .

مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه فى إبرام التصرفات المذكورة . ومن ثم فإن أحداً منهما لايجوز له أن ينفرد بإبرام هذه التصرفات ، وإنما يجب أن تصدر منهما معا .

فإذا انفرد الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بإبرام تصرف من التصرفات التى تجب فيها المساعدة وقع هذا التصرف قابلا للإبطال . وقد نصت المادة ١١٧ فقرة ثانية من التقنين المدنى فى هـذا الصدد على أنه « يكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة ». كما تقضى ١٠٢٨ من تقنين المرافعات بأنه يترتب على تسجيل طلب المساعدة القضائيه مايترتب على تسجيل قرار المساعدة فى تطبيق أحكام القانون المدنى . ومن ثم فالتصرف الذى ينفرد الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بإبرامه لايكون قابلا للإبطال إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتقرير المساعدة (م ١٠٢٦ مرافعات) ، فإذا لم يسجل هـــذا الطلب فبعد تسجيل قرار المساعدة (م ١٠٢٧ مرافعات) . ويصبح التصرف صحيحاً بصفة نهائية بحيث لا يجوز طلب إبطاله إذا أجازه المساعد القضائى أو أجازه الشخص الذى أبرمه بعد رفع المساعدة .

وإذا انفرد المساعد القضائى بإبرام تصرف باسم الشخص الذى تقررت مساعدته فلا يكون التصرف نافذا فى حق هذا الشخص ، إذ أن المساعد ليس نائبا ، وإنما تقتصر مهمته على معاونة من تقررت مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه فى إبرام التصرف(١) . فهو يختلف فى هـــذا عن الولى أو الوصى أو القيم ، إذ أن كلا من هؤلاء يكون نائبا عن القاصر أو المحجور عليه ، فينفرد بإبرام التصرف .

وإذا اختلف المساعد ومن تقررت مساعدته فى إبرام تصرف معين جاز للمحكمة أن تأذن لأحدهما فى الانفراد بإبرامه . فى خصوص امتناع المساعد عن الإشتراك فى تصرف معين ، نصت المادة ٧١ فقرة ثانية من قانون الولاية على المال على أنه « إذا

(١) على أنه ، وفقا لما تقضى به المادة ٧٣ من قانون الولاية على المال ، يعتبر المساعد القضائى فى حكم النائب فى تطبيق أحكام المواد ١٠٨ (التعاقد مع النفس) و ٣٨٢ (وقف التقادم) و ٤٧٩ (شراء النائب لنفسه ماينط به بيعه) من التقنين المدنى .

امتنع عن الاشتراك فى تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالإنفراد فى إبرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه وفقا للتوجيهات التى تبينها فى قرارها » . وفى خصوص امتناع من تقررت مساعدته عن إبرام تصرف معين ، نصت هذه المادة فى فقرتها الثالثة على أنه « إذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بإنفراد المساعد بإبرام هذا التصرف » . وحين ينفرد المساعد على هـذا النحو بإبرام التصرف يكون نائبا عمن تقررت مساعدته ، وليس مجرد معاون له كما هى مهمته الأصلية .

وكما تتقرر المساعدة القضائية بقرار من المحكمة ، فإنها لا ترتفع إلا بقرار ، وذلك حين يزول المانع الذى دعا إلى تقرير المساعدة .

٣١٨ – (٢) الغيبة :

نصت المادة ٣٢ من التقنين المدنى على أنه « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » . والقانون الخاص فى هذا الشأن هو قانون الولاية على المال .

فقد نصت المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال على أن « تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه : (أولا) إذا كان مفقودا لم تعرف حياته أو مماته . (ثانيا) إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهوريه العربية المتحدة ، واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها » .

ويتضح من هذا أن الغائب إما شخص لا تعرف حياته أو مماته وهو المفقود ، أو شخص تكون حياته محققة ولكن لا يعرف موطنه أو يكون موطنه خارج الجمهورية بحيث يستحيل عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها . فهو

ليس شخصا عديم الأهلية أو ناقصها ، إذ لو كان كذلك لـكانت الولاية على ماله لولى أو وصى أو قيم ينوب عنه فى مباشرة التصرفات القانونية حتى لو كان حاضرا . وإنما هو شخص كامل الأهلية ، ولـكن ظروفه تقضى بإقامة نائب يتولى شئونه . ولذلك يجب لإقامة وكيل عن الغائب يتولى شئونه أن تتوفر شروط ثلاثة : ١ – أن يستحيل عليه بسبب الغيبة تولى شئونه ، وهـذه الاستحالة توجد دائما بطبيعة الحال بالنسبة إلى المفقود ، ولـكنها قد لاتقوم بالنسبة إلى الغائب الذى تـكون حياته محققة ، إذ أن غيبة الشخص قد لا تمنعه من تولى شئونه . ٢ – أن تنقضى مدة سنة أو أكثر على غيابه ، ٣ – أن يترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

فإذا توفرت هذه الشروط تقيم المحـكمة وكيلا عن الغائب يتولى شئونه . وبمقتضى تقنين المرافعات تتولى النيابة العامة رعاية مصالح الغائبين (م ٩٦٩ مرافعات) ، كما تختص محاكم الأحوال الشخصية بإثبات الغيبة وتعين وكلاء عن الغائبين (م ٩٧٢ مرافعات) . وعلى هذا يمكن لـكل ذى مصلحة كما يمكن للنيابة العامة أن تحصل على حـكم من القاضى بإثبات غيبة شخص، ومتى صدر هذا الحـكم ثبتت لهذا الشخص حالة الغيبة . وبمقتضى قانون الولاية على المال « إذا ترك الغائب وكيلا عاما تحـكم المحـكمة بتثبيته متى توفرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره » (م٧٥). « ويسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » (م ٧٨) .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يعوق الغائب عن تولى شئونه نفسه فإنها تنتهى بزوال سببها ، سواء كان ذلك بعودة الغائب أو لـكونه أصبح قادرا على أن يتولى شئون نفسه. كما تنتهى بموت الغائب ، أو بالحـكم باعتباره ميتا إذا كان مفقودا (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

٣١٩ – (٣) الحكم بعقوبة جناية :

تقضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات بأن كل حـكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله مدة اعتقاله ، وعدم جواز تصرفه فى هذه الأموال إلا بإذن من المحـكمة المدنية التابع لها محل إقامته :

فالمانع يقوم بالنسبة إلى المحكوم عليه بعقوبة جناية ، وهى إما الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن . فهو لايرجع إلى نقص فى أهلية المحكوم عليه ، إذ هو كامل الأهلية ، وإنما هو عقوبة تبعية تكمل العقوبة الأصلية ، ومن ثم كانت هذه العقوبة التبعية مانعا قانونيا يحول بين المحكوم عليه وبين مباشرته لأهليته .

فأعمال الإدارة يتولاها عن المحكوم عليه قيم . وهذا القيم يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة المدنية المذكورة ، فإذا لم يختر المحكوم عليه قيما عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك . ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تعينه بتقديم كفالة . وسواء كان القيم مختارا من المحكوم عليه أو معينا من المحكمة فإنه يكون تابعا لهذه المحكمة فى جميع مايتعلق بقوامته . وعليه أن يقدم حسابا عن إدارته إلى المحكوم عليه بعد الإفراج عنه .

أما أعمال التصرف فيباشرها المحكوم عليه نفسه ، إنما بشرط أن يكون ذلك بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة . فإذا لم يتوفر هذا الإذن وقع التصرف باطلا ، وهذا واضح من نص المادة المذكورة ، حيث جاء فيها أن « كل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ماتقدم يكون ملغى من ذاته » .

المطلب الثالث

الولاية على المال

٣٢٠ – تعريف :

فرقنا فيما تقدم بين الأهلية والولايه على المال . فالأهلية هى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه تصرف قانونيا ينتج أثره فى حقه أى فى ماله . أما الولاية على المال فصلاحية لمباشرة تصرف ينتج أثره فى حق الغير أى فى ماله .

وقد نصت المادة ٤٧ من التقنين المدنى على أن « يخضع فاقد والأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة

فى القانون » . كما نصت المادة ١١٨ من هذا التقنين على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . وهـذه الحدود يبينها قانون الولاية على المال وقواعد الشريعة الإسلامية .

وقد رأينا أن العوامل التى تتأثر بها الأهلية هى السن ، وعوارض الأهلية ، وموانع الأهلية . وبناء على ذلك فإن الولاية على المال إما أن تكون على مال القاصر ، أو مال المحجور عليه ، أو مال من يقوم لديه مانع من موانع الأهلية . وسنعرض لهذه الأنواع الثلاثة من الولاية ، ثم ننتهى ببيان حكم التصرف الذى يبرمه من له الولاية متجاوزا فيه حدود سلطته .

أولا : الولاية على مال القاصر

٣٢١ – أصحاب الولاية على مال القاصر :

يكون القاصر عديم الأهلية أو ناقصها ، فلا تتوفر له الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها فى الحدود التى قدمناها ، ولذلك تفرض الولاية على ماله كى يقوم الولى بمباشرة هذه التصرفات نيابة عنه .

ويلاحظ أن اصطلاح « الولى » بمعناه الواسع يصدق على كل من له الولاية على مال غيره . ولكنه يطلق بالمعنى الضيق على الأب والجد فحسب ، وهو المعنى الذى سنراعيه فى هذه الدراسة . ويطلق اصطلاح « الوصى » على غيرهما ممن تكون له الولاية على مال القاصر .

وتثبت الولاية على مال القاصر أولا للأب ، ثم للوصى المختار وهو الذى يختاره الأب قبل وفاته ، ثم للجد الصحيح وهو الذى لاتفصله عن الصغير أنثى أى أبو الأب وإن علا ، ثم للوصى الذى تعينه المحكمة . وقد نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال على هذا الترتيب فقالت إن « للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من

المحكمة » . كما نصت المادة ٢٩ على أنه « إن لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصيا » .

وسنعرض لولاية الولى ، ثم لولاية الوصى .

٣٢٢ — (١) ولاية الولى (الأب أو الجد) :

نتبين فى هذا الخصوص من تثبت له الولاية ، ثم سلطاته وواجباته ، ثم مسئوليته ، وأخيرا سلب ولايته والحد منها ووقفها وإنتهاءها .

٣٢٣ — من تثبت له الولاية :

تثبت الولاية على مال القاصر أولا للأب . فإذا لم يكن الأب موجوداً تثبت الولاية للجد الصحيح ، وذلك إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، أو إذا كان الوصى المختار غير صالح للوصاية فرفضت المحكمة تثبيته (م ١ و ٢٨ من قانون الولاية على المال) . إذ أن الوصى المختار الذى توفرت فيه الشروط المقررة مقدم على الجد .

وثبوت الولاية للأب والجد إنما يكون بقوة القانون ، فلا تكون هناك حاجة إلى صدور قرار من المحكمة فى هذا الشأن . ذلك أن الولاية تنطوى على معنى الحق والواجب فى الوقت ذاته . فهى حق للأب أو الجد نظراً إلى مايفترض فيه من عطف وحرص على رعاية شئون الإبن أو الحفيد ، وهى واجب عليه بحكم مركزه العائلى الذى يفرض عليه النهوض بهذه الرعاية . ولهذا تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن عليه القيام بالولاية وبأنه لايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة ، وذلك حتى تتثبت المحكمة قبل الإذن من الأسباب التى تبرر هذا التنحى عن أداء الواجب العائلى .

ومن البديهى أن الولى نفسه يجب أن يكون أهلا لمباشرة التصرفات التى يتولاها نيابة عن القاصر . فالولاية لم تفرض إلا بسبب عدم توفر الصلاحيه اللازمة لدى القاصر ، ومن ثم لايتأتى أن تسند الولاية إلى شخص لا تتوفر لديه هذه الصلاحية . ولذلك نصت المادة الثانيه من قانون الولاية على المال على أنه « لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهليه اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . فإذا

كان الولى أهلا لمباشرة بعض التصرفات دون البعض الآخر ثبتت له الولاية فيما هو أهل لمباشرته ، أما التصرفات التى ليس أهلا للقيام بها فتعين المحكمة وصياً خاصاً لمباشرتها (م ٣١/و) .

٣٢٤ — سلطات الولى وواجباته :

مهمة الولى هى رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها فى الحدود التى يقررها القانون (م ٤ من قانون الولاية على المال) . وهذه الحدود هى التى نعرض لها فى هذا المقام .

ويلاحظ أن الأصل أن تشمل الولاية كل أموال القاصر . إنما يستثنى من ذلك المال الذى يتبرع به للقاصر إذا أراد المتبرع إخراجه من الولاية . فقد نصت المادة ٣ من قانون الولاية على المال على أنه « لايدخل فى الولاية مايؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » . وفى هذه الحالة تعين المحكمة وصياً خاصاً يتولى إدارة هذا المال (م ٣١/د) .

وأول مايجب على الولى أن يقوم به هو جرد أموال القاصر ، وذلك بتحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو مايؤول إليه وإيداع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير . فإذا أخل الولى بهذا الواجب ، سواء بعدم تقديم هذه القائمة أو بالتأخير فى تقديمها ، جاز للمحكمة أن تعتبر هذا الإخلال تعريضاً لمال القاصر للخطر (م ١٦) ، وهو ماقد يعتبر فى نظر المحكمة سبباً لسلب الولاية أو الحد منها (م ٢٠) .

وتختلف سلطة الولى فى مباشرة التصرفات القانونية بحسب نوع التصرف من ناحية وبحسب الشخص الذى له الولاية من ناحية أخرى . وسنرى أن الأب والجد يستويان فى السلطة بالنسبة إلى بعض التصرفات ، ولكن سلطة الأب أوسع بالنسبة إلى البعض الآخر ، وذلك نظرا إلى أن الأب أكثر من الجد شفقة على الصغير وحرصا على مصلحته .

ففيما يتعلق بالتصرفات النافعه نفعاً محضاً تستوى سلطة الأب وسلطة الجد ، حيث يكون لكل منهما أن يباشرها نيابة عن القاصر . ولكن لايجوز لأى منهما أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينه إلا بإذن من المحكمة (م ١٢) .

وفيما يتعلق بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، الأصل أن تستوى سلطة الأب وسلطة الجد . فلا يجوز لأى منهما أن يتبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمه (م ٥) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيفرق فى شأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف :

فبالنسبة إلى أعمال الإدارة ، الأصل أن تستوى سلطة الأب وسلطة الجد ، فلكل منهما أن يقوم بها . ولكن لايجوز لأى منهما بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠) ، ولا الاستمرار فى تجارة آلت إلى القاصر إلا بإذن من المحكمه وفى حدود هذا الإذن (م ١١) .

أما بالنسبه إلى أعمال التصرف فسلطة الأب أوسع من سلطة الجد . فللأب بحسب الأصل سلطة التصرف فى مال القاصر . غير أن هذه السلطة ترد عليها قيود استثنائيه فى حالات معينــه لايجوز للأب فيها أن يباشر التصرف إلا بإذن من المحكمة ، وهى : ١ — « لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجه الرابعة إلا بإذن المحكمه ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه» (م ٦) . ٢ — « لايجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق الماليه إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمه — ولا يجوز للمحكمه أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » (م ٧) . ٣ — « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيــه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها » (م ٨) . ٤ — « لايجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضــه إلا بإذن المحكمه » (م ٩) .

أما الجد فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا النزول عن التأمينات أو إضعافها (م ١٥) .

وهناك تفرقة كذلك بين سلطة الأب وسلطة الجد فى حالتين أخريين : الأولى حالة المال الذى تبرع به الأب لابنه ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون الولاية على المال على أنه « لاتسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ماآل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » . فبمقتضى هذا النص تكون سلطة الأب مطلقة فيما يتعلق بالمال الذى تبرع به لابنه . فعلى الرغم من أن هذا المال قد أصبح ملكا للابن ، يجوز للأب أن يباشر فى شأنه كافة أنواع التصرفات حتى ما كان منها ضاراً ضرراً محضاً دون حاجة إلى إذن من المحكمة . أما المال الذى تبرع به الجد لحفيده الخاضع لولايته فتسرى عليه القواعد الخاصة بأموال القاصر الأخرى .

والثانية حالة التعاقد مع النفس : فالقاعدة العامة فى هذا الخصوص هى أنه لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل (م ١٠٨ مدنى) . ولكن الشارع خرج على هذه القاعدة بالنسبة إلى الأب ، حيث نصت المادة ١٤ من قانون الولاية على المال على أن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » . وعليه يكون للأب أن يبرم مع نفسه التصرفات التى يجوز له إبرامها مع الغير نيابة عن القاصر . كأن يؤجر ماله لابنه ، أو يستأجر مال ابنه ، أو يؤجر مال أحد ابنيه المشمولين بولايته للآخر . وكذلك الأمر فى البيع الذى يدخل إبرامه فى سلطة الأب . وهــذا ما لم يكن هناك نص يقضى بغيره ، كما هى الحال فيما نصت عليه المادة السادسة من قانون الولاية على المال التى ذكرناها من أنه لايجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو أن يرهن هذا العقار لدين على نفسه . أما الجد فتسرى عليه القاعدة العامة المذكورة . فإذا أراد أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر تعين عليه أن يحصل على إذن من المحكمة ، فإذا أذنت المحكمة بإبرام العقد عينت وصياً خاصاً عن القاصر يتولى إبرام العقد مع الجد (م ١/٣١) .

ويلاحظ أخيرا أن من أعمال التصرف التى تدخل فى سلطة الأب والجد على حده سواء أن لكل منهما أن ينفق على نفسه من مال القاصر إذا كانت نفقته واجبة عليه ، كما له أن ينفق من هذا المال على من تجب على القاصر نفقته (م ١٧) .

٣٢٥ — مسئولية الولى :

رأينا أن مهمة الولى هى رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها فى الحدود التى يقررها القانون . فإذا قصر الولى فى القيام بهـذه المهمه كان مسئولا عما يصيب القاصر من ضرر بسبب ذلك .

ويختلف مدى هذه المسئوليه بحسب شخص الولى . فقد جعل الشارع مسئولية الأب أخف من مسئولية الجد . حيث لايسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم . أما الجد فيسأل عن أى خطأ يرتكبه ، شأنه فى ذلك شأن الوصى (م ٢٤) .

وإذا انتهت الولاية ببلوغ القاصر وجب على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه ، ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف . ومع ذلك لايحاسب الأب على ماتصرف فيه من ريع مال القاصر ، إلا أن يكون ريع مال وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أوالقيام بحرفة أومهنة فيحاسب الأب عنه (م٢٥). أما الجد فتسرى عليه الأحكام الخاصة بتقديم الحساب (م ٢٦) ، شأنه فى ذلك شأن الوصى .

٣٢٦ — سلب الولاية والحد منها ووقفها وانتهاؤها :

يجوز للمحكمة قبل بلوغ القاصر الرشد أن تسلب ولاية الولى أو تحد منها إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر (م ٢٠) . وتحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١) . ويترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى ماله (م ٢٢)(١) .

---

(١) انظر كذلك فى هذا المعنى المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس.

وإذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها. ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض (م٢٣).

وتنتهى الولاية بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه (م١٨) بسبب عارض من عوارض الأهلية(١). وإذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر (م١٩)، أى عارض من عوارض الأهلية .

٣٢٧ – (٢) ولاية الوصى :

نعرض هنا كذلك لمن تثبت له الوصاية ، ثم لسلطاته ، ثم لواجباته ، ثم لمسئوليته وأخيرا لانتهاء الوصاية . كما نعرض للوصى الخاص والوصى المؤقت والمشرف .

٣٢٨ – من تثبت له الوصاية :

الوصى هو كل شخص ، عدا الأب والجد الصحيح ، تثبت له الولاية على مال القاصر أو الحمل المستكن . وهو إما مختار من قبل الأب أو معين من قبل المحكمة . وقد رأينا أن الوصى المختار مقدم على الجد ، بينما يتقدم الجد على وصى المحكمة .

فللأب قبل وفاته أن يختار وصياً على ابنه القاصر أو على الحمل المستكن (م٢٨ / ١)، وكذلك لمن تبرع للقاصر بمال أن يشترط عدم دخول المال المتبرع به فى ولاية الولى ويختار وصياً تكون له الولاية على هذا المال (م ٣ و ٢٨ / ١) . ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه . ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما . ويعرض أمر الوصى المختار على المحكمة لتثبيته إذا تحققت من توفر الشروط اللازمة فيه (م ٢٨ / ٢ و٣ و٤) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٠ .

وإذا لم يكن هناك وصى مختار ، أو كان الوصى المختار غير صالح للوصاية فرفضت المحكمة تثبيته ، ولم يكن هناك جد صحيح ، عينت المحكمة وصياً .

ويجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد . وفى هذه الحالة لايجوز لأحدهم أن ينفرد بأى عمل إلا إذا كانت المحكمة قد حددت لكل منهم اختصاصاً مستقلا فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ؛ ومع ذلك يكون لكل منهم أن ينفرد باتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر ؛ وإذا اختلفوا فى عمل كان يجب اتفاقهم عليه رفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (م ٣٠) .

وأياكان الوصى فيشترط فيه أن يكون عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة . ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً : (١) المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط : (٢) من حكم عليه بجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته . (٣) من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش . (٤) المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره . (٥) من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر . (٦) من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك . ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه . (٧) من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة ، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

وفضلا عن هذا يشترط فى الوصى أن يكون من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه ، وإلا فمن أهل دينه (م ٢٧) .

والأصل فى الوصاية أن تكون بغير أجر . غير أن للمحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجرا أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين (م ٤٦) .

٣٢٩ – سلطات الوصى :

خول الشارع الوصى سلطة أضيق من سلطة الولى ، وذلك نظرا إلى أن الوصى لاتربطه بالصغير مثل الصلة التى تربط الولى بابنه أو بحفيده :

فالتصرفات النافعه نفعاً محضاً والتصرفات الضارة ضررا محضاً تستوى فى شأنها سلطة الوصى وسلطة الولى : فللوصى أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، ولكن لايجوز له أن يقبل التبرعات المقترنة بشروط أو يرفضها إلا بإذن من المحكمة (م ٣٩ تاسعاً) . ولا يجوز له أن يتبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة (م ٣٨) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيفرق فى شأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف .

فأعمال الإدارة يملك الوصى القيام بها فى حدود معينة . حيث يتعين عليه الحصول على إذن من المحكمة فى إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى ، وفى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفى إيجار أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه (م ٣٩) : ففيما عدا هذه الاستثناءات من أعمال الإدارة يكون للوصى أن يقوم بهذه الأعمال . ويدخل فى هذا النطاق أعمال التصرف التى تقتضيها الإدارة . كما أن له الصلح والتحكيم فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة :

أما أعمال التصرف فيمكن أن يقال على وجه التقريب إن الوصى لايملك القيام بها إلا بإذن من المحكمة . إذ أن المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانون الولاية على المال ذكرتا التصرفات التى لايجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، وهى تشمل تقريباً جميع أعمال التصرف الهامة . فالمادة ٣٩ توجب الحصول على إذن من المحكمة فى جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك

جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، وفى التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا مايدخل فى أعمال الإدارة ، وفى الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة ، وفى حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة ، وفى استثمار الأموال وتصفيتها ، وفى اقتراض المال وإقراضه ، وفى قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ، وفى الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ ، وفى الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ، وفى رفع الدعاوى إلا مايكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له ، وفى التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام ، وفى التنازل عن التأمينات وإضعافها ، وفيما يصرف فى تزويج القاصر ، وفى تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة . كما توجب المادة ٤٠ الحصول على هذا الإذن فى قسمة مال القاصر بالتراضى .

ويلاحظ أن مايجوز للولى أو الوصى أن يباشره من التصرفات لاينفذ فى حق القاصر إلا إذا كان خالياً من الغبن الفاحش وفق ماتقضى به الشريعة الإسلامية .

٣٣٠ — واجبات الوصى :

يجب على الوصى أن يتسلم أموال القاصر ويقوم على رعايتها : وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية مايطلب من الوكيل المأجور (م ٣٦) . وهذه العناية هى عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤/٢ مدنى) ، سواء كان الوصى مأجوراً أو غير مأجور(١) .

وللمحكمة بحسب تقديرها للظروف أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات تكون ضماناً للوفاء بالتعويضات التى تجب عليه فى حالة إخلاله بواجباته . ولها كذلك سلطة التقدير فى تحديد نوع هذه التأمينات وقيمتها. وتكون مصروفات هذه التأمينات على حساب القاصر ، كمصروفات قيد الرهن الذى يرتبه الوصى على عقار له لتوفير ذلك الضمان (م ٣٧) .

---

(١) يختلف الوصى فى هذا عن الوكيل . إذ الوكيل غير المأجور لايجب عليه أن يبذل فى الوكالة سوى العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ولو كانت تقل عن عناية الرجل المعتاد ، ودون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤/١ مدنى) .

وفضلاً عن الواجب الأساسي الذي يقع على عاتق الوصي ، وهو رعاية أموال القاصر ، ينص القانون على واجبات أخرى تكفل توجيهه والرقابة عليه في هذا الشأن :

فيجب على الوصي أن يبادر إلى إخطار المحكمة بما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع في شأن هذه الدعاوى والإجراءات ماتأمر به المحكمة (م ٤٢) .

ولكفالة المحافظة على أموال القاصر يجب على الوصي أن يودع باسم القاصر خزانة المحكمة أو أحد المصارف ، وفقاً لما تشير به المحكمة ، كل مايحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقدره المحكمة إجمالياً لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم هذه النقود (م ٤٣) . كما يجب عليه أن يودع باسم القاصر المصرف الذي تشير به المحكمة ماترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها (م ٤٤) . وسواء في هذه الحالة أو في تلك ، فلا يجوز له أن يسحب شيئاً مما أودع إلا بإذن من المحكمة .

ولكي تتمكن المحكمة من مراقبة الوصي ، يجب عليه أن يقدم حساباً عن إدارته مؤيداً بالمستندات قبل أول يناير من كل سنة . ولكنه يعفى من تقديم هذا الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لاتزيد على خمسمائة جنيه ، إلا إذا رأت المحكمة إلزامه بتقديمه (٤٥) .

٣٣١ — مسئولية الوصي :

إذا قصر الوصي في واجب من الواجبات المفروضة عليه كان مسئولا عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك (م ٨٦) . كما يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لاتزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات فحسب . ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءاً منها . غير أنه يجوز إعفاء الوصي من الجزاء المالي كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذي ترتب عليه الحكم بتوقيع الجزاء أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة (م ٨٤) .

٣٣٢ – انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية ، وفقاً لما تقضى به المادة ٤٧ من قانون الولاية على المال ، بأحد الأسباب الآتية :

(١) إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية .

(٢) إذا عادت الولاية إلى الولى . وذلك فى حالة ما إذا كانت المحكمة قد سلبت الولاية من الولى وعينت وصياً على القاصر ، ثم زال سبب سلب الولاية فأمرت المحكمة بإعادتها .

(٣) إذا حكم بعزل الوصى أو قبلت استقالته : وتحكم المحكمة بعزل الوصى ، وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، فى حالتين : الأولى إذا قام بالوصى سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة ٢٧ الذى ذكرنا حكمها فيما تقدم(١) ، سواء طرأ هذا السبب بعد تعيينه أو كان قائماً وقت تعيينه ولم يكتشف إلا بعد ذلك . والثانية إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر .

(٤) إذا فقد الوصى أهليته ، أو ثبتت غيبته ، أو مات .

(٥) إذا مات القاصر .

وإذا توافرت أسباب جدية تدعو إلى النظر فى عزل الوصى ، أو فى قيام عارض من العوارض التى تفقده أهليته ، أمرت المحكمة بوقفه إلى أن يتم الفصل فى أمر عزله أو إنهاء وصايته بسبب فقد الأهلية (م ٤٨) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لهذا الانتهاء أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثته إن كان قد توفى ، أو إلى الولى الذى أعيدت ولايته ، أو إلى الوصى المعين بدلا منه ، أو إلى الوصى المؤقت الذى حل محله حلولا مؤقتاً . وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٢٨ .

فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال (م ٥٠) . وإذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائباً وقع الالتزام بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب على عاتق ورثته أو من ينوب عنه بحسب الأحوال (م ٥١) .

وإذا امتنع الوصى الذى انتهت وصايته بقصد الإساءة عن تسليم أموال القاصر أو أوراقه إلى من حل محله فى الوصاية ، فإنه يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وذلك مالم ينص القانون على عقوبة أشد (م ٨٨) .

وحماية للقاصر بعد بلوغه سن الرشد من أن يقع تحت تأثير الوصى فيما يتعلق بالناحية المالية ، قضت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال بأن يكون قابلا للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر منه لمصلحة الوصى إذا صدرت هذه أو ذاك خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب الذى يجب على الوصى أن يقدمه عن إدارته .

ولكى لايطول أمد المنازعات التى تنشأ بسبب الوصاية بعد انتهائها خرج الشارع على القواعد العامة فى سقوط الدعاوى بالتقادم ، فجعل دعاوى القاصر قبـــل وصيه المتعلقة بأمور الوصاية تسقط بتقادم قصـير مدته خمس سنوات . ويختلف بدء حساب هذه المدة تبعاً للسبب الذى أدى إلى انتهاء الوصاية. فهى تحسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك ، أو من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية فى حالات عزل الوصى أو استقالته أو موته (م ٥٣) . ولم يرد فى النص متى تبدأ هذه المدة إذا كان انتهاء الوصاية بسبب عودة الولاية إلى الولى أو فقد الوصى أهليته أو ثبوت غيبته . ونرى قياس هذه الحالات على حالات انتهاء الوصاية بعزل الوصى أو استقالته أو موته ، فتحسب المدة من تاريخ تقديم الحساب .

٣٣٣ — الوصى الخاص والوصى المؤقت والمشرف :

(ا) الوصى الخاص هو الوصى الذى يختار أو يعين لرعاية أموال معينة من أموال القاصر أو للقيام بمهمة محددة .

فقد رأينا أن لمن تبرع للقاصر بمال أن يشترط عدم دخول المال المتبرع به فى ولاية

الولى ويختار وصياً تكون له الولاية على هذا المال . ويعرض أمر هذا الوصى على المحكمة لتثبيته (م ٣ و ٢٨) ، فإذا تم ذلك صار وصياً خاصاً تقتصر مهمته على رعاية المال المتبرع به فحسب .

كما تعين المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته فى أحوال معينة نصت عليها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال ، وهى :

١ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته : كما لو أراد الولى أن يشترى مال القاصر لنفسه أو أن يبيع ماله للقاصر أو أن يبيع مالا مملوكا للقاصر إلى قاصر آخر مشمول بولايته ، ففى مثل هذه الأحوال تعين المحكمة وصياً خاصاً لإبرام العقد مع الولى نيابة عن القاصر(١) :

٢ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

٣ — إذا أريد إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى الحالة السابقة :

٤ — إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة هذا المال . وإذا كان النص لم يتناول إلا حالة القاصر المشمول بالولاية فإنه يمكن أن تقاس عليها حالة القاصر المشمول بالوصاية .

٥ — إذا استلزمت الظروف لأداء بعض الأعمال دراية خاصة لا تتوافر للولى أو الوصى :

٦ — إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ومن صور الوصاية الخاصة كذلك ما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون الولاية على المال من أنه « يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال » :

(٢) الوصى المؤقت هو الوصى الذى تعينه المحكمة إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) .

---

(١) يلاحظ أنه فى الحالات التى يجوز للأب فيها أن يتعاقد مع نفسه وفقا لما قدمنا لا يكون هناك محل لتعيين وصى خاص يتولى إبرام العقد مع الولى نيابة عن القاصر .

وتنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت تعيينه (م ٣٥) .

وتسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية التى ذكرناها مع مراعاة ماتقتضيه طبيعة مهمة كل منهم (م ٣٤) .

(٣) المشرف هو الشخص الذى تعينه المحكمة لكى يشرف على الوصى ، سواء كان الوصى معيناً أو مختاراً . فهو يتولى مراقبة الوصى فى القيام بمهمته . ولذلك يتعين على الوصى أن يجيبه إلى كل مايطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال ويمكنه من فحص المستندات والأوراق الخاصة بهذه الأموال .

وعلى المشرف إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما . فإذا خلا مكان الوصى بالوفاة أو الغيبة مثلا ، أو فقد الوصى أهليته ، وجب على المشرف أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصى جديد. وإلى أن يباشر الوصى الجديد عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر (م ٨١) .

ويسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره مايسرى على الوصى من أحكام (م ٨٢) . وتقرر المحكمة انتهاء الإشراف إذا زالت الأسباب التى دعت إليه (م ٨٣) .

ثانياً : الولاية على مال المحجور عليهم

٣٣٤ – ولاية القيم :

تنص المادة ١١٣ من التقنين المدنى على أن « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » .
وهذا القانون هو قانون الولاية على المال ، إذ تنص المادة ٦٥ منه على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

فإذا بلغ الشخص الرشد فأصبح كامل الأهلية ، ثم طرأ عليه بعد ذلك عارض من

جنون أو عته أو سفه أو غفلة ، حكمت المحكمة بالحجر عليه وأقامت قيما تكون له الولاية على ماله .

وتثبت القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨). ويلاحظ هنا أنه لابد من قرار بتعيين القيم حتى لو كان أباً أو جداً ، وذلك على خلاف الحال فى ولاية الأب والجد حيث تثبت بقوة القانون دون حاجة إلى قرار من المحكمة .

ويجب أن تتوفر فى القيم الشروط الواجب توافرها فى الوصى وفقاً لما تقضى به المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال التى ذكرنا حكمها فيما تقدم . غير أنه يستثنى من هذا الحكم سببان لايجوز مع وجود أى منهما أن يعين الشخص وصياً ، ولكن لايحول قيام أحدهما أو كلاهما دون تعيين الابن أو الأب أو الجد قيما إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك : الأول أن يكون أحد هؤلاء محكوما عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، والثانى أن يكون أحد هؤلاء محكوما عليه بالإفلاس (م٦٩).

وتسرى على القوامة والقيم الأحكام المقررة فى شأن الوصاية والوصى (م ٧٨) .

ثالثاً : الولاية على مال من لديهم موانع الأهلية

٣٣٥ — أصحاب الولاية على مال من لديهم موانع الأهلية :

رأينا أن موانع الأهلية إما مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد ، أو مانع مادى هو الغيبة ، أو مانع قانونى هو الحكم بعقوبة جنائية .

فمن يكون ذا عاهة مزدوجة أو لديه عجز جسمانى شديد تعين له المحكمة مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات الهامة على التفصيل الذى بسطناه فيما تقدم(١) . فالأصل فى مهمة المساعد القضائى أن تقتصر على معاونة من تقررت مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه فى إبرام التصرف ، فهو فى هذا النطاق لايعتبر نائبا . ومع ذلك فقد رأينا أنه إذا اختلفا المساعد ومن تقررت مساعدته فى إبرام تصرف معين جاز للمحكمة أن تأذن للمساعد فى الانفراد بإبرامه ، وفى هذه الحالة يكون المساعد نائبا وليس مجرد معاون .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٧ .

كما رأينا أن المساعد القضائى يعتبر فى حكم النائب فى تطبيق أحكام التعاقد مع النفس ووقف التقادم وشراء النائب لنفسه ما نيط به بيعه .

وإذا انتهت المساعدة القضائية فإنه يسرى على المساعد مايسرى على الوصى فيما يتعلق بالالتزام بتسليم الأموال التى فى عهدته وتقديم الحساب وفقا لما تقضى به المـــادة ٥٠ من قانون الولاية على المال (م ٧٢) .

والغائب تعين المحكمة وكيلا عنه يتولى شئونه على التفصيل الذى ذكرناه فيما تقدم(١) ، وتسرى على الوكالة عن الغائب والوكيل عنه الأحكام المقررة فى شأن الوصاية والوصى (م ٧٨) .

والمحكوم عليه بعقوبة جناية يعين عليه قيم يتولى إدارة أمواله على التفصيل الذى عرضنا له فيما تقدم(٢) .

رابعاً : مجاوزة حدود الولاية على المـال

٣٣٦ — حكم التصرف عند مجاوزة حدود الولاية :

رأينا أن مباشرة التصرفات القانونية ينوب فيها الولى أو الوصى عن القاصر ، وينوب فيها القيم عن المحجور عليه ، وينوب فيها الوكيل عن الغائب . كما أن المساعد القضائى إذا أذنته المحكمة فى الانفراد بإبرام تصرف معين فإنه ينوب عمن تقررت مساعدته فى مباشرة هذا التصرف . وذلك كله فى الحدود التى رسمها قانون الولاية على المال وفقا لما بسطناه فيما تقدم .

فهذه الحدود هى التى تبين مدى سلطة النائب من هؤلاء فى إبرام تصرف قانونى ينتج أثره فى حق الأصيل ، أى فى حق القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو الشخص الذى تقررت مساعدته . ومعنى ذلك أن التصرف الذى يبرمه النائب لاينصرف أثره إلى الأصيل إلا إذا كان يدخل فى حدود السلطة التى خولها النائب . فإذا جاوز النائب حدود

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٨ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٩ .

هذه السلطة انحسرت عنه النيابة ، فلا ينتج التصرف أثره فى حق الأصيل ، أى يصبح غير نافذ فى حق الأصيل .

والواقع أن التصرف الذى يجاوز فيه النائب من هؤلاء حدود ولايته لاينتج أثراً فى حق أى شخص وفقا لقواعد النيابة . فهو لاينتج أثراً فى حق الأصيل ، لأن النائب قد جاوز فيه حدود سلطته . ولا ينتج أثرا فى حق النائب نفسه ، لأن هذا قد أبرمه باسم الأصيل ، ومن ثم تكون الإرادة قد اتجهت إلى ترتيب الآثار فى حق الأصيل . ولا ينتج أثراً فى حق من تعاقد مع النائب ، لأن هذا قد اتجهت إرادته إلى أن يكون المتعاقد معه الذى تنصرف إليه آثار العقد هو الأصيل .

ولا يكون هذا التصرف باطلا ، لأنه تصرف قائم . ولا يكون قابلا للإبطال ، لأنه لايرتب أثراً فى حق أى من طرفيه . وإنما هو تصرف غير نافذ فى حق الأصيل . ومقتضى هذا أن يكون موقوفا ، أى أنه تصرف صحيح ، ولكن آثاره تكون موقوفة على إقرار يصدر ممن يملك هذا الإقرار . فإذا كان التصرف مما يجب استئذان المحكمة فيه ، ولكن النائب أبرمه دون الحصول على هذا الإذن ، جاز للمحكمة أن تقره بعد ذلك فينتج آثاره فى حق الأصيل . كما يصح هذا الإقرار من الأصيل نفسه بعد اكتمال أهليته أو زوال المانع الذى كان قائما لديه . وإذا كانت المحكمة لاتملك الإذن بالتصرف فلايصح إقراره منها ؛ وإنما يكون إقراره من الأصيل بعد اكتمال الأهلية أوزوال المانع .

الفرع الثانى

الشخص الاعتبارى أو المعنوى

٣٣٧ – تعريف :

الشخص الاعتبارى أو المعنوى la persoune morale هو جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمى إلى هدف معين ، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، يخلع القانون عليها الشخصية ، فتكون شخصا مستقلا ومتميزا عن الأشخاص الذين يساهمون فى نشاطها أو يفيدون منها : كالدولة ، والجمعية ، والشركة ، والمؤسسة .

وسنقسم كلامنا فى هذا الموضوع إلى مبحثين ، ندرس فى أولهما النظرية العامة للشخصية الاعتبارية ، وندرس فى الثانى أنواع الشخص الاعتبارى .

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٣٨ — تقسيم :

ندرس فى هذا المبحث فكرة الشخص الاعتبارى وأهميتها وتاريخها ، ثم طبيعة الشخص الاعتبارى ، ثم الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

فكرة الشخص الاعتبارى وأهميتها وتاريخها

٣٣٩ — فكرة الشخص الاعتبارى :

يختلف الشخص فى نظر القانون عنه فى لغة الفلسفة والأخلاق . فالشخص فى لغة الفلسفة والأخلاق كائن إنسانى له عقل وإرادة ، أما فى نظر القانون فهو كائن يصلح لوجوب الحقوق له وعليه . ومناط هذه الصلاحية ما للذلك الكائن من قيمة اجتماعية تدعو إلى تحقيق مصالح جديرة بالرعاية ، ومن هنا كان مدلول الشخص فى نظر القانون أوسع منه فى مجال الفلسفة والأخلاق .

فقد يكون الشخص فى نظر القانون جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمى إلى هدف معين . وهذه الجماعة ، رغم تكونها من عدة أشخاص ، تعتبر شخصا واحداً متميزا له كيانه المستقل عن الأشخاص الذين يدخلون فى تكوينها . فيكون لها ذمة وجنسية واسم وموطن ، وتكسب حقوقا وتلتزم بواجبات ، وتقاضى لصالحها بواسطة من يمثلها . فالدولة مثلا تعتبر شخصا مستقلا عن شخصية أفراد الشعب ، والجمعية

تعتبر شخصا مستقلا عن شخصيات الذين يكونونها أو ينضمون إليها أو يفيدون من نشاطها ، والشركة تعتبر شخصا مستقلا عن شخصيات الشركاء .

وقد يكون الشخص مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، فالمستشفى مثلا أو الملجأ أو المعهد العلمى الذى ينشئه أحدالأشخاص ويرصده لغرض البرأو النفع العام تكون له شخصية بجميع نتائجها القانونية ، وهذه الشخصية تقوم على أساس المال والغرض منه ، فلسنا هنا بصدد جماعات من الأشخاص، وإنما مجموعات من الأموال ؛ وهذه المجموعات من الأموال يقال لها المؤسسات fondations .

٣٤٠ – أهمية فكرة الشخص الاعتبارى :

قرر الشارع أن تكوين جماعات من الأشخاص أو رصد مجموعات من الأموال على النحو الذى قدمناه يؤدى إلى قيام نشاط قانونى يتصل بمصالح عدد كبير من الأفراد يتغيرون من وقت إلى آخر ؛ كما أن طبيعة هـذا النشاط والغرض المقصود من ورائه تقتضيان بقاءه على الدوام ؛ ومن ثم كان لابد من اتخاذ أداة تكفل أن ينسب هـذا النشاط إلى ناحية موحدة تضمن له البقاء والاستمرار ، وهـذه الأداة هى الشخصية الاعتبارية التى يخلعها القانون على تلك الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال ؛

لقد أصبحت هـذه الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال إحدى الدعامات الأساسية التى يقوم عليها تقدم المجتمع ورفاهيته ، فثمة أعمال ضخمة تحتاج إلى جهد كبير ومال وفير وزمن طويل ؛ والفرد وحده يقصر مجهوده وماله وعمره عن مواجهة ماتقتضيه هذه الأعمال ، أما هذه التكوينات ففيها تتضافر الجهود ويتوافر المال ويمتد الأجل . لها كيانها المستقل ، فلا تتأثر بخروج عضو من أعضائها ولا بموته ولا بإفلاسه ، وتكون أموالها متميزة تماما عن أموال أعضائها أو منشئيها ، نظراً إلى مالها من ذمة مستقلة عن هؤلاء ، ولها أن تقاضى بواسطة من يمثلها ، كما ترفع عليها الدعاوى موجهة إلى من يمثلها ، إلى غير ذلك من نواحى النشاط القانونى التى تتركز فى ناحية موحدة مستقلة عن الأشخاص الذين يساهمون فى هذا النشاط أو يفيدون منه ، وهـنا

كله بفضل فكرة الشخصية الاعتبارية . فهى خير أداة من أدوات الصنعة القانونية تكفل الوحدة والاستمرار فى النشاط القانونى لهذه التكوينات .

٣٤١ — تاريخ فكرة الشخص الاعتبارى :

عرف القانون الرومانى الجماعات ، كما عرف المؤسسات فى مراحله الأخيرة ، فخلع عليها الشخصية الاعتبارية .

ولم يعرف فقه الشريعة الإسلامية الشخصية الاعتبارية كنظرية عامة ، ولكنه تضمن أحكاما فرعية كثيرة لجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال تفيد صلاحيتها للوجوب لها وعليها : من ذلك أن بيت المال تجب له الجزية والخراج واللقطة وتركة من لاوارث له ، وتجب عليه نفقة الفقير الذى لاعائل له . وأن الوصية تجوز للمسجد أو المستشفى فيصبح مالكا للعين الموصى بها . وأن جهة الوقف تملك المال الموقوف وتستدين وتختصم أمام القضاء . وهذا يعنى أن الفقه الإسلامى يأخذ بفكرة الشخص الاعتبارى ، حيث يخلع الشخصية القانونية على مثل هذه التكوينات .

كذلك عرف القانون الفرنسى القديم الجماعات والمؤسسات فأعطاها الشخصية الاعتبارية .

وقد كانت الأشخاص الاعتبارية فى العهود القديمة عموما تخضع فى وجودها لترخيص من السلطة العامة ، وكان يتوقف مدى حريتها فى ذلك على النزعة التى تسود عهدا من العهود .

وفى عهد القانون الفرنسى الحالى كانت الجماعات فى أول الأمر خاضعة فى تكوينها وفى كسبها للشخصية الاعتبارية لترخيص خاص بذلك . ثم أخذ التطور مجراه حتى أصبح من حق كل جماعة وفقا لقانون سنة ١٩٠١ أن تتكون دون ترخيص متى توفرت فى هذا التكوين شروط خاصة ، وأن تكسب الشخصية القانونية دون ترخيص كذلك متى قامت بإجراءات شهر معينة . والشركات تكسب الشخصية بمقتضى القانون بمجرد تأليفها طبقا للأوضاع المقررة . أما المؤسسات فلم تظفر بما ظفر به غيرها ، فلابد لكى توجد وتكسب الشخصية القانونية أن يصدر ترخيص يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة .

ولم ترد فى التقنين المدنى المصرى القديم نصوص عامة فى الشخصية الاعتبارية ؛ ولكن الشركات اعتبرت أشخاصا اعتبارية وفقا لقواعد استخلصت من بعض نصوص القانون التجارى وقانون المرافعات القديم(١) ، كما جرى القضاء المصرى على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لكل جمعية منظمة لاترمى إلى الحصول على ربح مادى(٢) ، وذلك استناداً إلى المادة ٢١ من دستور سنة ١٩٢٣ التى كانت تنص على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون » : إذ أن تقرير هذا الحق بنص الدستور يجعل الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للجمعيات أمرا ضروريا ، كى تزاول الحقوق اللازمة للمحافظة على كيانها . أما المؤسسات فلم يكن يعترف لها القضاء بالشخصية الاعتبارية إلا إذا اتخذت شكل الوقف . والوقف نظام إسلامى له قواعده الخاصة التى لاتجعله يحيط بكل الأغراض والمزايا التى ترجى من وراء المؤسسة بالمعنى المعروف : ومع ذلك فقد اعترف له القضاء بالشخصية الاعتبارية(٣) .

أما التقنين المدنى الحالى فقد عنى الشارع فى الباب التمهيدى منه بالنص على القواعد العامة التى تحكم الأشخاص الاعتبارية (م ٥٣ مدنى) ، كما عدد أنواع هذه الأشخاص (م٥٢ مدنى) ، وفصل الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات (م٥٤ — ٨٠ مدنى) . حيث اعترف هذا التقنين بالشخصية الاعتبارية لكل من الجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف بمجرد تكوينها ، متى توفرت فى هذا التكوين الشروط المقررة ، وروعيت إجراءات الشهر التى ينص عليها القانون . وبالإضافة إلى ذلك كانت هناك عدة قوانين خاصة تنظم بعض مسائل الجمعيات والمؤسسات . منها ماصدر قبل صدور التقنين المدنى ، ومنها ماصدر بعد هذا التقنين :

ثم اتجه الرأى إلى إعادة النظر فى الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات وجمعها فى قانون واحد منفصل عن التقنين المدنى . فصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن

(١) المادة ٤١ تجارى والمادتان ٨ و ٣٤ مرافعات قديم .

(٢) استئناف مصر فى ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥ — ٧٥٠ — ٦١٨ . استئناف مختلط فى ٩ فبراير ١٩٢٧ ، مجموعة التشريع القضاء المختلط ٣٩ ص ٥٤١ .

(٣) نقض مدنى ٢٦ أبريل ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٧٠ رقم ١٧٥ .

الجمعيات والمؤسسات الخاصة : وقد ألغى هذا القانون المواد من ٥٤ إلى ٨٠ من التقنين المدنى، كما ألغى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية والتبرع لوجوه البر، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الجمعيات، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بشهر نظم الجمعيات والمؤسسات.

وأخيرا ظهرت الحاجة إلى تغيير أحكام هـذا القانون، وذلك فى ضوء مبادئ الميثاق الوطنى والنظام الاشتراكى الذى اتخذته البلاد نظاما اجتماعيا لها، فضلا عما اقتضاه نظام الإدارة المحلية من تعديلات، وما أظهره التطبيق العملى من نقص(١). فألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة(٢) :

المطلب الثانى

طبيعة الشخص الاعتبارى

٣٤٢ - اتجاهات ثلاثة :

اختلف الفقه فى طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية : ويدور التساؤل فى هذا الخلاف حول معرفة ما إذا كانت الشخصية الاعتبارية هى مجرد صياغة قانونية اتخذت للوصول إلى الغرض المقصود، إما أن لها أساسها من الحقيقة والواقع : وبعبارة أخرى، هل تعتبر الأشخاص الاعتبارية أشخاصا من خلق القانون ؛ أم أنها اعتبرت كذلك لأنها قد توفرت لها مقومات الشخص القانونى :

وقد تنازعت هذه المسألة ثلاثة اتجاهات فى الفقه : الأول يرى أنصاره أن الشخصية الاعتبارية افتراض يخالف الحقيقة. والثانى ينكر أنصاره وجود شخصية قانونية على الإطلاق : والثالث يذهب أنصاره إلى أننا بصدد شخصية حقيقية لا افتراض فيها : وهذا هو الاتجاه السائد.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة.

(٢) منشور فى الجريدة الرسمية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٦٤، العدد ٣٧. وفى النشرة التشريعية، العدد الثانى، فبراير سنة ١٩٦٤، ص ٤١٣ وما بعدها.

وقد قيل إن هذا الخلاف الفقهي تترتب عليه نتيجة عملية هامة تتعلق بمدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية . فاعتبار الشخص الاعتبارى مجرد افتراض من خلق الشارع يؤدى إلى إطلاق سلطة الدولة إزاء الأشخاص الاعتبارية ، حيث لا توجد إلا إذا منحها القانون الشخصية ، وتنتهى إذا سلبها القانون شخصيتها ، ولا تتمتع إلا بالحقوق التى يحددها القانون . أما اعتبار الأشخاص الاعتبارية حقيقة واقعية فمقتضاه أن على الشارع الاعتراف بهذه الشخصية لكل تكوين توفرت له العناصر اللازمة لثبوت الشخصية .

والواقع أن تحديد مدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية لا يرجع إلى طبيعة هذه الأشخاص ، وإنما يقوم على مدى الدور الذى تضطلع به الدولة ، وذلك بحسب ما إذا كان المذهب الذى يسود المجتمع هو المذهب الفردى أو المذهب الاشتراكى . ففى ظل النظام الاشتراكى تظهر الأهمية البالغة لما تقوم به الدولة فى سبيل حماية الشعب من التحكم والاستغلال ، حيث يزداد تدخلها فى نشاط الشخص الطبيعى والشخص الاعتبارى على حد سواء بغية تحقيق هذه الحماية . فأيا كانت الطبيعة التى نسبغها على الشخص الاعتبارى أو التكييف الذى نخلعه عليه ، فإن للدولة أن تقيد الاعتراف به أو تحد من نشاطه على نحو معين إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك .

وسنعرض فيما يلى للاتجاهات الثلاثة التى أشرنا إليها فى هذا الشأن ، ثم ننتهى إلى حقيقة الشخصية الاعتبارية .

٣٤٣ — الاتجاه الأول : نظرية الشخصية الافتراضية :

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشخص الاعتبارى هو مجرد افتراض قانونى يخالف الحقيقة ، فهو كائن خيالى خلقته إرادة الشارع وأسبغت عليه الشخصية القانونية . فعند هؤلاء أن الشخص الحقيقى هو الشخص الآدمى فحسب ، لأن الحقوق ليست سوى سلطة إرادية ؛ والإرادة لا تكون إلا للإنسان . فإذا خلع القانون الشخصية على كائن غير الإنسان كان ذلك من طريق الافتراض لا على أساس الحقيقة(١) .

---

(١) أشهر من قال بهذا الرأى هو سافينى Savigny . وقد بسط رأيه هذا فى كتاب القانون الرومانى ج ٢ ص ٢٢٣ وما بعدها .

وقد سادت هذه النظرية فى فرنسا وقتا طويلا ؛ ولـكن يعيبها أمران : الأول أنها تخلط بين معنى الشخص فى نظر القانون ومعناه فى لغة الفلسفة والأخلاق ؛ وقد رأينا أن المعنيين يختلفان . فالشخص فى مجال الفلسفة والأخلاق كائن إنسانى له عقل وإرادة ، أما فى نظر القانون فهو كائن اجتماعى يصلح للوجوب له وعليه(١) . والثانى أنها تعتبر الحق سلطة إرادية . فقد رأينا أن القدرة الإرادية ليست هى جوهر الحق ، وإنما تلزم غالبا لمباشرته(٢) .

فإذا راعينا المعنى الصحيح للشخص فى نظر القانون ، وتبينا أن القدرة الإرادية ليست هى جوهر الحق ، اتضح لنا أن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لاينطوى على أى افتراض .

٣٤٤ – الاتجاه الثانى : إنكار الشخصية :

وذهب آخرون إلى إنكار وجود شخصية قانونية لما يسمى بالشخص الاعتبارى ؛ فهم يرون الاستغناء عن الفكرة الافتراضية للشخص الاعتبارى لـكى تحل محلها فـكرة أخرى واقعية ؛ وهم فى هذا فريقان :

(١) نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض : حيث يذهب فريق من هؤلاء إلى القول بنظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض التى عرضنا لها من قبل ؛ وهى تقوم على اعتبار الإنسان هو وحده الشخص الحقيقى فى نظر القانون ، وأن الشخص الاعتبارى ليس إلا مجرد افتراض يخالف الواقع ؛ ولذلك يرى أنصارها وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى والوقوف عند الغرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو رصد مجموعة من الأموال . فالغاية العملية من الأخذ بفكرة الشخص الاعتبارى هى أن يوجد مركز تستند إليه الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط هذه التكوينات بحيث تـكون ذمة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها ، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٣٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذى خصصت له دون أن تستند فى وجودها إلى شخص ما .

ويعيب هذه النظرية كذلك أنها تخلط بين معنى الشخص فى نظر القانون ومعناه فى لغة الفلسفة والأخلاق . وقد سبق أن لاحظنا عليها أنها تتعارض مع ماهو مسلم فى القوانين الحديثة بوجه عام من أن الحقوق والالتزامات لاتوجد إلامستندة إلى شخص . كما أن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضلها من حيث استيعابها لكل ألوان النشاط التى تسمح بها طبيعة الشخص الاعتبارى ، سواء كان هذا النشاط ماليا أو غير مالى(١) .

(٢) نظرية الملكية المشتركة : ويذهب فريق آخر من هؤلاء إلى القول بنظرية الملكية المشتركة أو الجماعية . وهى تقوم كسابقتها على اعتبار الإنسان هو وحده الشخص الحقيقى فى نظر القانون ، وأن إعطاء الشخصية لغيره من التكوينات الاجتماعية مجرد افتراض لاجدوى منه . فالوضع عند أصحاب هذه النظرية يتكشف فى حقيقته عن نوع من الملكية : هى الملكية المشتركة التى لاتخضع لنظام الملكية الفردية . فليس هناك شخص حتى ولو بطريقة افتراضية ، وإنما هناك مال مشترك مملوك لمجموع من الأفراد . وكل فرد من هؤلاء لايمكنه أن ينفرد بالتعامل فى هذا المال كما هى الحال فى الملكية الفردية ، مفرزة كانت أو شائعة ، وإنما يتعامل فى شأنه بالاتفاق مع الآخرين ، أى أن مجموع الأفراد هو الذى يملك هذا المال ويتعامل فيه(٢) .

وهذه النظرية معيبة من وجوه : فيؤخذ عليها مالوحظ على سابقتها من أنها تعتبر الإنسان هو وحده الشخص الحقيقى فى نظر القانون . كما أنها نظرية قاصرة ، إذ ترى فى الشخص الاعتبارى دائما جماعة من الأفراد تنسب إليهم الملكية المشتركة ، مع أنه قد يكون مجموعة من الأموال . يضاف إلى ذلك أنها تهتم فى نظرتها إلى الشخص الاعتبارى بالمال وحده ، مع أن الدولة وهى أهم أشخاص القانون العام لايميزها بصفة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧٣ .

(٢) أول من قال بهذه النظرية هو العلامة الألمانى أهرنج Ihernig فى كتابه روح القانون الرومانى ج ٤ ص ٦٣٠ . وقال بها كذلك بلانيول ، القانون المدنى الفرنسى ج ١ الطبعة السادسة فقرة ٣٠٠٧ وما بعدها .

أساسية إلا مالها من حقوق السلطة العامة وما تسعى إليه من أغراض غير مادية ، بل إن هناك من أشخاص القانون الخاص من يسعى إلى تحقيق أغراضه بوسائل غير مادية كالجمعيات العلمية والفنية : وفضلا عن كل هذا فإن ماتقول به النظرية من نسبة الملكية المشتركة إلى مجموع الأفراد ككل مستقل عن أى فرد منهم إنما هو بعينه فكرة الشخصية الاعتبارية التى تنكرها هذه النظرية .

٣٤٥ — الاتجاه الثالث : الشخصية الحقيقية :

أما جمهور الفقه الحديث فيرى فى الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية لا افتراض فيها . ولكن أنصار هذه النظرية يختلفون فيما بينهم حول بيان الأساس الذى تقوم عليه هذه الشخصية . فهناك ثلاثة مذاهب فى هذا الشأن :

(١) المذهب الأول يصور الشخصية الاعتبارية على نسق الشخصية الطبيعية للإنسان ، حيث يوجد نظريتان فى هذا المعنى :

الأولى هى النظرية العضوية . ويرى أنصارها أن الشخص الاعتبارى يتفق فى تكوينه مع الشخص الطبيعى ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة ، وخلايا الشخص الاعتبارى هم الأفراد الذين يدخلون فى تكوينه .

ومن الواضح أن هذا تصوير مجازى يخالف الحقيقة والواقع .

والثانية هى نظرية الإرادة . ويرتكز أنصارها فى تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى على اعتبار أن الحق سلطة إرادية . فهم يرون أن الشخص الاعتبارى شخص حقيقى له إرادته المشتركة الخاصة به التى يعبر عنها مديروه والتى تغاير الإرادات الفردية لأعضائه ، وله نشاطه المتميز عن النشاط الشخصى لهؤلاء الأعضاء . وعلى الشارع أن يعطى الشخصية لكل مجموع صالح لأن تكون له إرادته الخاصة ولأن يحمى مصالحه الخاصة(١) .

---

(١) قال بهذه النظرية الفقهاء الألمان جيبريك وجلينك وزيتلمان . انظر عرض هذا الرأى فى ميشو ، نظرية الشخصية المعنوية وتطبيقها فى القانون الفرنسى الطبعة الثالثة القسم الأول فقرة ١ وما بعدها ، والقسم الثانى فقرة ١٦٧ وما بعدها .

ويؤخذ على هذه النظرية أنها ترتكز على اعتبار أن الحق سلطة إرادية ، مع أن القدرة الارادية ليست هي جوهر الحق كما فصلنا فيما تقدم . هذا إلى أن فكرة الارادة المشتركة فكرة غير محددة ، وقد دفع إليها الخلط بين معنى الشخص فى نظر القانون ومعناه فى مجال الفلسفة والأخلاق ؛

(٢) والمذهب الثانى يقول بنظرية المصلحة . ويرتكز أنصارها فى تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى على اعتبار أن الحق مصلحة يحميها القانون : فهم يرون أن أساس الشخصية هنا هى المصلحة المشتركة أو الجماعية التى تتميز عن المصالح الفردية ؛ إذ أن المصلحة هى جوهر الحق ، ومتى وجدت كانت هناك حقوق ، وبالتالى كان على الشارع أن يعطى الشخصية القانونية لأصحاب هذه المصلحة(١) .

ويلاحظ على هذه النظرية ماسبق أن ذكرناه من أن المصلحة ليست هى جوهر الحق ، وإنما هى الغاية أو الهدف المقصود منه(٢) . كما أن الربط بين الشخصية والمصلحة يؤدى من الناحية المنطقية إلى أن الشخصية لاتثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ككل مستقل ، ولكن للأفراد الذين يكونون هذه الجماعات أو ينتفعون بهذه المجموعات ، وبذلك يغدو الاعتراف بالشخصية لهذه الجماعات أو المجموعات ككل مستقل مجرد إفتراض لايتفق مع الواقع ؛

(٣) والمذهب الثالث يقول بنظرية النظام القانونى institution التى تؤدى إلى اعتبار الشخص الاعتبارى شخصا حقيقياً . وصاحبها هو الأستاذ هريو ، وهو علم من أعلام القانون العام . ويسوق هذا الفقيه الفرنسى نظريته كنظرية عامة لاتقتصر على بيان طبيعة الشخص الاعتبارى ، وإنما تفسر الظواهر الاجتماعية بصفة عامة . فعنده أن مقومات النظام القانونى هى أن يوجد تنظيم يراد به الوصول إلى غرض معين ، وأن يكون هناك أشخاص يستفيدون من وراء ذلك ، وأن يتخذ هذا التنظيم مظهراً خارجياً تنم عنه الأفكار المشتركة للأعضاء الذين يهيمنون عليه . وهو حينما يطبق فكرته على الشخص الاعتبارى يراه ظاهرة اجتماعية حقيقية كغيره من الظواهر الاجتماعية الأخرى ؛

---

(١) قال بهذه النظرية ميشو المرجع السابق القسم الأول فقرة ٤٥ وما بعدها .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

فالشخص الاعتبارى كائن اجتماعى له حياته القانونية الخاصة،ومن ثم تـكون شخصيته شخصية حقيقية .

ويلاحظ على هذه النظرية أنها نظرية يحوطها الغموض ، كما أن معيار الشخصية الاعتبارية فيها يفتقر إلى التحديد .

٣٤٦ – حقيقة الشخصية الاعتبارية :

مهما يكن من أمر الآراء التى بسطناها ، فالواقع أن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية اجتماعية كان على الشارع أن يسلم بها ، فأصبحت حقيقة قانونية لامجال فيها للافتراض . وإذا كان الشخص الاعتبارى يختلف فى تكوينه عن الشخص الطبيعى فإن هذا لايعنى القانون فى قليل أو كثير . فقد رأينا أن للشخص فى نظر القانون معنى يختلف عن معناه فى نطاق الفلسفة والأخلاق . وقد كان الخلط بين هذين المعنيين من ناحية ، واعتبار الحق سلطة إرادية أو مصلحة من ناحية أخرى ، هما الأساسان اللذان تقوم عليهما معظم النظريات التى ظهرت فى هذا الشأن . وقد وضح لنا أن أيا من القدرة الإرادية أو المصلحة لايعتبر جوهر الحق . كما تبين لنا أن الشخص فى نظر القانون هو كل كائن توفرت له قيمة اجتماعية بحيث يكون صالحا لأن تثبت له حقوق وتقع عليه واجبات .

ولكن الشخص الاعتبارى لايعتبر كائنا توفرت له هذه الصلاحية إلا إذا توفرت فيه الشروط التى يتطلبها القانون، أى توافرت له مقومات الشخص الاعتبارى . ومعنى ذلك أن يكون هناك جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، وغرض يراد تحقيقه ، وتنظيم يكفل بلوغ هذا الغرض .

المطلب الثالث
الشخصية الاعتبارية

٣٤٧ – بيانه :

نتناول فى كلامنا عن الشخصية الاعتبارية النقاط ذاتها التى عرضنا لها فى دراستنا للشخص الطبيعى . حيث نتبين أولا حدود الشخصية الاعتبارية ، وذلك كى نقف على مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى ، أى مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . ثم نتناول مدة الشخصية الاعتبارية ، أى كيف تكسب ومتى تنتهى : ثم ندرس خصائص الشخصية الاعتبارية ، وهى الذمة المالية والحالة والاسم والموطن . وأخيراً نعرض لأهلية الأداء لدى الشخص الاعتبارى :

أولا : حدود الشخصية الاعتبارية

٣٤٨ – مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى :

فرقنا فيما تقدم بين الشخصية وأهلية الوجوب : فكلتاهما صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق وتحمل الواجبات : ولكنهما تختلفان فى أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لايقبل النقصان ، فهى تثبت للشخص ولو لم يكن صالحا إلا لكسب حق واحد ، بينما أهلية الوجوب تعبير عن مدى مايتوفر للشخص من صلاحية فى هذا الخصوص . فبقدر مايستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه .

ومن الواضح فى ضوء هذه التفرقة أن الشخص الاعتبارى لايختلف عن الشخص الطبيعى من حيث ثبوت الشخصية القانونية ، فكل منهما تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات : ولكنهما يختلفان فى مدى هذه الصلاحية ، أى أنهما يختلفان فى مدى أهلية الوجوب لدى كل منهما. فأهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى

أضيق نطاقا منها لدى الشخص الطبيعى . ويرجع ذلك إلى اعتبارين : الأول هو طبيعة الشخص الاعتبارى ، إذ أنه ليس إنسانا . والثانى هو الغرض الذى من أجله وجد الشخص الاعتبارى ، إذ أن هذا الغرض يقضى بمراعاة مبدإ التخصص . فهذان قيدان يردان على أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى نتكلم عنهما فيما يلى :

٣٤٩ — (١) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان :

نظراً إلى أن الشخص الاعتبارى ليس إنسانا فلا تثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التى تسمح بها طبيعته. وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ من التقنين المدنى فقالت إن « الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك فى الحدود التى قررها القانون » .

فطبيعة الشخص الاعتبارى لاتقبل أن تكون له حقوق أسرة . كذلك لاتسمح هذه الطبيعة بأن تثبت للشخص الاعتبارى حقوق الشخصية التى تهدف إلى حماية الكيان المادى للشخص كالحق فى سلامة الجسم . أما حقوق الشخصية التى تتعلق بالكيان الأدبى للشخص فإن طبيعة الشخص الاعتبارى لاتأبى ثبوتها له ، حيث يكون له الحق فى سمعته والحق فى اسمه .

وقد اختلف فى شأن الحق الأدبى للمؤلف على مصنفه ، وهو من حقوق الشخصية التى تتعلق بالكيان الأدبى للشخص . ومن الواضح بحكم طبيعة الأشياء أن يكون المعول عليه فى ثبوت وصف المؤلف لشخص معين هو مساهمة هذا الشخص فعلا فى خلق ذهنى جديد ، ولا يتصور أن تتحقق هذه المساهمة إلا من جانب الإنسان ، إذ أنه الكائن الذى له عقل بحيث يمكن أن يكون له نتاج ذهنى . ومقتضى هذا أن تتجافى طبيعة الشخص الاعتبارى عن أن يكون له الحق الأدبى للمؤلف. ومع ذلك فقد رأينا أن الشارع ، مراعاة لاعتبارات عملية ، يعتبر الشخص الاعتبارى الذى وجه ابتكار المصنف الجماعى مؤلفا فيخوله وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف على هذا المصنف (م ٢٧ من قانون حق المؤلف) . ويراد بهذا المصنف ذلك الذى يشترك فى وضعه شخصان أو أكثر بناء على

تكليف من شخص آخر طبيعي أو اعتبارى تحقيقا لهدف معين يقصد إليه هذا الأخير ، بحيث يظهر المصنف باسمه وينشر تحت إدارته ولا يمكن فصل نصيب كل من المشتركين فيه وتمييزه على حدة(١) .

ويرى البعض أن الحقوق السياسية لا تثبت للشخص الاعتبارى ، لأنها تعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية . ولكن الواقع أن طبيعة هذه الحقوق لا تحتم قصرها على الإنسان ، إذ هى تهدف إلى تمكين الشخص من أن يساهم فى إدارة شئون بلده ، وكما تتحقق هذه المساهمة من جانب الفرد ، فإنه يتصور كذلك أن تكون من جانب بعض الكائنات المكونة من جماعات من الأشخاص . ولذلك فإن القوانين فى بعض البلاد تعترف ببعض الحقوق السياسية لفريق من الأشخاص الاعتبارية .

وقد عنى الشارع بالنص فى الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ مدنى على أن للشخص الاعتبارى « حق التقاضى » ، ولو أن هذا الحق يشمله حكم الفقرة الأولى من النص ، إذ أن ثبوته مما تسمح به طبيعة الشخص الاعتبارى . فيجوز أن يكون الشخص الاعتبارى طرفا فى دعوى ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه . وتعلن الأوراق القضائية منه أو إليه فى شخص من يمثله .

٣٥٠ — (٢) مبدأ التخصص :

يحد هذا المبدأ كذلك من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى . فالأصل بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أن يباشر نشاطه فى أى مجال يروق له ، فهو غير مقيد فى سعيه فى الحياة بأهداف معينة مادام لا يخالف النظام العام أو الآداب ، حيث تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات عامة دون تحديد . أما الشخص الاعتبارى فإنه يوجد لتحقيق غرض معين يتحدد بحسب ماله من قيمة اجتماعية ، ومن ثم ينحصر نشاطه فى الحدود التى يقتضيها الغرض الذى وجد من أجله ، فلا يكون صالحا لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض . وهذا هو مايراد بمبدأ التخصص ، وهو مبدأ عام يشمل كل أنواع الشخص الاعتبارى .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٤٧ .

وتطبيقا لهذا المبدأ نصت المادة ٥٣/٢ب من التقنين المدنى على أن الشخص الاعتبارى « أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون » : إذ أن الغرض الذى وجد من أجله الشخص الاعتبارى يتحدد بموجب سند إنشائه من ناحية(١) ، وبمقتضى أحكام القانون من ناحية أخرى . كما تضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ تطبيقات لهذا المبدأ سواء بالنسبة إلى الجمعيات (م ١٩ و ٥٧ و ٩٢ / ٣) أو المؤسسات (م ٧٠ / ٢ ب و ٧٩ و ٩٢ / ٣) سنراها فيما بعد :

ثانياً : كسب الشخصية الاعتبارية وانتهاؤها

٣٥١ - كسب الشخصية الاعتبارية :

إذا كان الشخص الاعتبارى حقيقة اجتماعية يسلم بها الشارع ، فإنه فى الوقت ذاته حقيقة قانونية تجعل كسب الشخصية الاعتبارية رهيناً بإرادة الشارع « فهو باعتباره كائناً اجتماعيا يختلف فى تكوينه عن الشخص الطبيعى ، ولهذا قلنا إنه يجب أن تتوفر له مقومات الشخص الاعتبارى . وعلى أساس هذه المقومات تتحدد قيمته الاجتماعية ويكون اعتراف الشارع به . فالشارع هو الذى يقدر مدى حاجة المجتمع إلى الاعتراف لكائن من هذا القبيل بالشخصية القانونية :

ويكون هذا الاعتراف من جانب الشارع بأحد طريقين : الأول هو الاعتراف العام ، والثانى هو الاعتراف الخاص .

ويتحقق الاعتراف العام بالنسبة إلى نماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال : حيث يضع الشارع الشروط الواجب توافرها فى هذه التكوينات الاجتماعية ، بحيث يؤدى توافر هذه الشروط إلى أن تكسب جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال الشخصية الاعتبارية بحكم القانون دون حاجة إلى إذن خاص .

---

(١) انظر بالنسبة إلى الجمعيات المادة ٣ / ١٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وانظر بالنسبة إلى المؤسسات المادة ٧٠ / ٢ ب من هذا القانون .

أما الاعتراف الخاص فيقتضى أن يصدر من الشارع إذن خاص يمنح الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة :

وقد اتخذ الشارع عندنا الطريقين معا .

فالأصل فى القانون المصرى هو الاعتراف العام . وهو يشمل فى نطاق القانون العام الدولة ، وكذلك المحافظات والمدن والقرى . أما المنشآت أو المؤسسات العامة ، وكذلك الهيئات والطوائف الدينية ، فلا تكسب الشخصية الاعتبارية إلا بمقتضى اعتراف خاص : ويشمل الاعتراف العام فى نطاق القانون الخاص الأوقاف والشركات ، وكذلك الجمعيات والمؤسسات الخاصة واتحاداتها (م ٥٢ مدنى والمادة الأولى من قانون الإصدار الخاص بقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

ومع ذلك فسنرى عند الكلام فى أنواع الشخص الاعتبارى أن هذا الاعتراف العام بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة لاينزع من يد الدولة سلطة تقدير مدى حاجة المجتمع إلى إنشاء الجمعية أو المؤسسة ومدى ملاءمة ذلك لظروف البيئة : فثمة قيد من هذا القبيل يرد على الاعتراف العام فى هذا النطاق زاد منه الشارع فى قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٦٤ . حيث يكون للجهة الإدارية حق رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت البيئة فى غير حاجة إلى خدماتها أو كان إنشاؤها لايتفق مع دواعى الأمن أو مع الظروف الصحية أو الاجتماعية (م ١٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . كما أن لها الاعتراض على إنشاء المؤسسة (م ٧٥ من القانون المذكور) .

وإذا كان هذا هو الأصل العام فقد قدر الشارع أنه قد تنشأ فى المستقبل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال لاتندرج تحت صورة من الصور التى أحصاها القانون وتدعو الحاجة إلى الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية : ولذلك نص على أن مثل هذا التكوين تثبت له الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص خاص (م ٥٢ مدنى) ، أى بمقتضى اعتراف خاص .

٣٥٢ – انتهاء الشخصية الاعتبارية :

تختلف الأسباب التى تنتهى بها الشخصية الاعتبارية بحسب الظروف من ناحية ، ونوع الشخص الاعتبارى من ناحية أخرى :

فقد تنتهى الشخصية الاعتبارية بطريقة طبيعية : حيث تنتهى الشخصية بانقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتبارى إذا وجد مثل هذا التحديد ، كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة معينة . كذلك تنتهى الشخصية بتحقق الغرض الذى قام الشخص الاعتبارى من أجله ، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلا . كما تنتهى الشخصية بموت جميع الأفراد من أعضاء الشخص الاعتبارى إذا كان جماعة من الأشخاص ، أو بانقراض جميع المنتفعين منه إذا كان مجموعة من الأموال ، أو بانخفاض عدد أعضائه إلى أقل من الحد الأدنى الواجب توافره كما فى شركات المساهمة(١) :

وقد تنتهى الشخصية بطريقة اختيارية . وذلك إذا كان الشخص الاعتبارى جماعة من الأشخاص وأجمع كل أعضائه على حله ، أو قررت ذلك الأغلبية التى تملك سلطة الحل ، كما هى الحال بالنسبة إلى الجمعيات (م ٤٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

وقد تنتهى الشخصية بطريقة إجبارية ، وذلك بمقتضى عمل من جانب الدولة : وهذا الإنهاء قد يتم من جانب السلطة التشريعية ، بأن تلغى طائفة معينة من طوائف الشخص الاعتبارى بوجه عام(٢) ، أو بأن تلغى شخصاً اعتباريا معينا كسب شخصيته من طريق هذه السلطة . وقد يكون الإنهاء من السلطة القضائية بمقتضى حكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لسبب من الأسباب التى يقررها القانون ؛ وقد تتولى السلطة التنفيذية الإنهاء بمقتضى قرار يصدر من الجهة الادارية المختصة بحل شخص اعتبارى معين فى الأحوال التى يحددها القانون ، كما هى الحال بالنسبة إلى

---

(١) تنقضى شركة المساهمة إذا انخفض عدد الشركاء إلى أقل من سبعة .

(٢) مثل ذلك إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

الجمعيات (م ٥٧ من القانون المذكور) والمؤسسات الخاصة (م ٨١) . وسنرى أن الشارع قد استحدث أحكاما فى هذا الشأن وسع فيها من سلطة الادارة ، فبعد أن كان حل الجمعية أو المؤسسة يتم بمقتضى حكم من المحكمة الابتدائية وفقا لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٥٦ ، أصبح هذا الحل من اختصاص وزير الشئون الاجتماعية وفقا لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٦٤ .

وإذا كان انتهاء الشخص الاعتبارى يقصد منه إلى حلول شخص آخر محله فإن هذا الأخير يخلف الشخص الذى انتهى فى حقوقه والتزاماته ، حيث تكون هذه الخلافة قد تمت بطريق الحوالة . وذلك كما فى حالة إدماج شركة فى أخرى ، أو إدماج جمعية أو مؤسسة فى أخرى (م ٢٩ و ٨١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . أما إذا كان هذا الانتهاء كاملا فإن الأمر يقتضى تصفية حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته ، وفى هذه الحالة تظل الشخصية قائمة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تتم هذه التصفية . وقد نص القانون على ذلك بالنسبة إلى الشركات (م ٥٣ مدنى) . ولكنه مبدأ عام ينطبق بطريق القياس على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية .

ثالثاً : خصائص الشخصية الاعتبارية

٣٥٣ – ذمة الشخص الاعتبارى :

يترتب على أن للشخص الاعتبارى شخصية قانونية تميزه عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن الذمم الخاصة لهؤلاء . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية بند أ من التقنين المدنى فقالت إن للشخص الاعتبارى « ذمة مالية مستقلة » . ومقتضى هذا أن حقوق الشخص الاعتبارى لا تضمن سوى ديونه ، كما أن ديونه لا يضمنها سوى حقوقه . فلا يجوز لدائنى الأعضاء أو المؤسسين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى لأنها ليست أموال مدينيهم ، كما لا يجوز لدائنى الشخص الاعتبارى التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء أو المؤسسين .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة فيما يتعلق بديون الشخص الاعتبارى هناك بعض

الأشخاص الاعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وكذلك الأموال الخاصة لأعضائها. وهذه هى الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين فيها ، حيث يسأل الشركاء فى الشركات المدنية وكذلك الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . وليس معنى ذلك أن ذمم الشركاء تختلط بذمة الشركة فى هذه الحالة ، فللشركة ذمتها المستقلة ، وإنما حقيقــة الوضع أن الشركاء يعتبرون ضامنين لديون الشركة نظراً إلى الاعتبار الشخصى الملحوظ فى هـذه الطائفة من الشركات ، إذ أنها تقوم على الثقة فى أشخاص أعضائها ، وليس من شأن الضمان أن يؤدى إلى اختلاط ذمة الضامن بذمة المضمون . لكن ليس لدائنى الشركاء التنفيذ على أموال الشركة .

٣٥٤ — حالة الشخص الاعتبارى :

رأينا أن عناصر الحالة بالنسبة إلى الشخص الطبيعى هى الجنسية والأسرة وأحياناً الدين . وليس للشخص الاعتبارى ، بحكم طبيعته ، أسرة ولا دين . وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، كما هى الحال عندنا(١) ، فإن هـذا لايعنى أن للدولة عقيدة دينية كالأفراد ، وإنما يقصد بمثل هذا النص إعلان أن هذا الدين هو دين الأغلبية من أفراد الشعب ، بحيث يراعى الشارع فيما يضعه من قوانين ألا تتعارض مع مبادئ هذا الدين ، كما تتخذ الدولة من أعياده أعياداً لها .

إنما تكون للشخص الاعتبارى جنسية ، وإن كانت هذه الجنسية تخضع لأحكام تختلف عن أحكام جنسية الشخص الطبيعى بسبب اختلاف الشخصين فى الطبيعة والتكوين . وقد ذهب فريق من الفقه إلى إنكار ثبوت الجنسية للشخص الاعتبارى بحجة أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والفرد ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب فى الدولة وتقوم على مابين الفرد ووطنه من روابط عاطفية ونفسية ، وهو مالا يتصور توافره إلا بالنسبة إلى الإنسان . ويلاحظ على هــذا الرأى أنه يقوم على افتراض أن خصائص

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور على أن الإسلام دين الدولة .

الشخص الطبيعى لاتثبت للشخص الاعتبارى إلا بذات العناصر والحدود ، مع أن الاختلاف بين الشخصين فى الطبيعة والتكوين يؤدى بحكم طبيعة الأشياء إلى تباين الخصائص التى تتوفر لكل منهما فى عناصرها وحدودها ، ولهذا قلنا إن جنسية الشخص الاعتبارى تخضع لأحكام تختلف عن تلك التى تخضع لها جنسية الشخص الطبيعى .

والواقع أنه رغم هذا الاختلاف بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى فى الأحكام فإن الجنسيتين تقومان على فكرة واحدة ، هى وجود رابطة تبعية بين الشخص والدولة . ولا يجادل أحد فى ضرورة قيام هذه الرابطة بين الشخص الاعتبارى ودولة معينة تحكم بقوانينها نظامه ونشاطه وما يتمتع به من حقوق ، وبذلك ينحصر الخلاف فى التسمية التى تعطى لهذه الرابطة . وهذه الرابطة هى الجنسية مع مراعاة الاختلاف فى الأحكام بينها وبين جنسية الشخص الطبيعى .

وقد ذهب بعض الفقه فى هذا الخصوص إلى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية . فأقام التبعيـــة القانونية على أساس مركز الإدارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى ، وأقام التبعية السياسية على أساس السيطرة الفعلية على الشخص الاعتبارى . فنى منطق هذا الرأى قد تكون التبعية القانونية لدولة معينة يخضع الشخص الاعتبارى لقوانينها لوجود مركز إدارته الرئيسى الفعلى فى إقليمها ، وتكون التبعية السياسية لدولة أخرى إذا كانت السيطرة الفعلية عليـه لأفراد من الأجانب فلا يتمتع بذات الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون . ويؤخذ على هذا الرأى أنه يقيم جنسية الشخص الاعتبارى على أساس معيار مزدوج ، مع أنه يجدر الوقوف عنـد معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتبارى على أساس تبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المسيطرين عليه . ولايعنى الأخذ بهذا المعيار الموحد التغاضى عن فكرة السيطرة على الشخص الاعتبارى من جهة أجنبية ، فنى وسع الشارع أن يراعى هذه الفكرة فيحد من الحقوق التى يتمتع بها الشخص الاعتبارى رغم ثبوت الجنسيـة الوطنية له إذا كان خاضعاً لتوجيه أجنبى ، وذلك فى الظروف الاستثنائية التى يكون فيها مثل هذا التوجيه خطراً على الصالح الوطنى ، كما يحصل فى أثناء الحرب .

وطبقاً للمعيار السائد فى أغلب الشرائع ، وهو المعيار الذى أخذ به الشارع المصرى ،

تتحدد جنسية الشخص الاعتبارى تبعاللدولة التى يوجد فيها مركزإدارته الرئيسى الفعلى ، فمتى اتخذ الشخص الاعتبارى بلداً معينا مركزاً لإدارته ثبتت لهجنسية هذا البلد . وتظهر أهمية ذلك فى أن الشخص الاعتبارى يخضع فى نظامه القانونى لقوانين الدولة التى يوجد فيها مركز إدارته الرئيسى الفعلى ، فتسرى عليه هذه القوانين فيما يتعلق بنشأته وتكوينه ونشاطه وانقضائه . وقد نصت المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين المدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » . ويتضح من هذا النص أن المعول عليه فى هذا الشأن هو قوانين الدولة الذى يتخذ فيها الشخص الاعتبارى مركز إدارته الرئيسى الفعلى . لكن إذا باشر الشخص الاعتبارى نشاطه الرئيسى فى الجمهورية العربية المتحدة ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى ، ولو كان مركز إدارته فى الخارج .

وفضلا عن ذلك فإنه فيما يتعلق بشركات المساهمة أوجب الشارع المصرى على الشركات التى تؤسس منها بالجمهورية العربية المتحدة أن تكون مصرية ، وأن يكون مركزها الأصلى بالجمهورية (م ٤١ تجارى) . وفيما يتعلق بالجمعيات والمؤسسات الخاصة التى تنشأ فى الجمهورية العربية المتحدة أوجب الشارع كذلك أن يكون مركز إدارتها فى الجمهورية (م ٣ و ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٦٤) .

كما أن الشارع المصرى يعتد إلى جانب ذلك بفكرة السيطرة على الشخص الاعتبارى من جهة أجنبية رغم تمتعه بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وذلك فى الظروف الاستثنائية التى تدعو إلى حماية الصالح الوطنى من خطر هذه السيطرة . ومن الأمثلة على ذلك أنه فى أثناء العدوان الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ فرض الشارع الحراسة على الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية التى كانت خاضعة لإشراف رعايا الأعداء أو لهم فيها مصالح هامة . بل إن الشارع يعتد بتلك الفكرة مقدما بالنسبة إلى بعض الأشخاص الاعتبارية محافظة على الصالح الوطنى . من ذلك أنه فيما يتعلق بشركات

المساهمة يوجب توافر نسبة معينة لمن يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة فى مجلس الإدارة وفى عدد المستخدمين والعمال ، كما يوجب تخصيص نسبة معينة من الأسهم لمن يتمتعون بهذه الجنسية . ومن ذلك أيضا أنه يوجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين (م ٤٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

٣٥٥ — اسم الشخص الاعتبارى :

للشخص الاعتبارى ، كما هى الحال بالنسبة إلى الشخص الطبيعى ، اسم يميزه عن غيره من الأشخاص . ويجب ذكر اسم الشخص الاعتبارى فى سند إنشائه ، فمثلا يوجب الشارع أن يذكر اسم الجمعية فى نظامها المكتوب ، واسم المؤسسة فى السند الرسمى أو الوصية المنشئة لها (م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٦٤) .

وإذا كان الشخص الاعتبارى يتخذ اسما تجارياً يمارس التجارة تحته ، فإن حقه فى هذا الاسم يكون حقا ماليا يجوز التصرف فيه باعتباره من عناصر المحل التجارى ، ومن ثم تجب مراعاة ماسبق أن أوضحناه فى هذا الصدد من أن هذا الحق لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجارى ، بل يكون هذا التصرف داخلا فى نطاق التصرف فى المحل التجارى ذاته(١) . وعليه فإن حق الشركة على اسمها حق مالى ، أما الجمعية أو المؤسسة فحقها على الاسم حق أدبى من حقوق الشخصية .

وكما يحمى القانون حق الشخص الطبيعى على اسمه ، فإنه يحمى كذلك حق الشخص الاعتبارى على اسمه . فيكون للشخص الاعتبارى أن يطالب وقف الاعتداء على اسمه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من جرائه ، سواء تمثل هذا الاعتداء فى منازعة الغير له فى استعمال الاسم أو فى انتحاله إياه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٨٩ .

٣٥٦ – موطن الشخص الاعتبارى :

للشخص الاعتبارى موطن مستقل عن موطن كل من أعضائه أو منشئيه . وهذا الموطن هو المكان الذى يوجد فيه مركز إدارة الشخص الاعتبارى . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية د من التقنين المدنى فقالت إن للشخص الاعتبارى « موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته ..٥ » .

وإذا كان للشخص الاعتبارى فروع فى أماكن مختلفة أمكن أن يتعدد الموطن بتعدد هذه الفروع ، فلا يكون قاصراً على مركز الإدارة الرئيسى . فمركز إدارة الفرع يعتبر موطنا بالنسبة إلى أعمال هذا الفرع . ويعتبر هذا الحل تطبيقا لفكرة تعدد الموطن التى أخذ بها الشارع فى المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى . والواقع أن تعدد الموطن فى الحياة العملية نجده أكثر ما يكون بالنسبة إلى الشخص الاعتبارى . وتطبيقا لذلك نصت المادة ٥٨ فقرة ثانية من تقنين المرافعات على أنه « يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع » . كما طبق الشارع الفكرة ذاتها على الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى الجمهورية العربية المتحدة ، حيث نصت المادة ٥٣ فقرة ثانية د من التقنين المدنى على أنه « يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية » . فإذا كانت هناك شركة مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى الجمهورية العربية المتحدة ، فإن المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية هو الذى يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى ، أى أن هذا المكان يعتبر موطنا لها فى نظر القانون المصرى ، فتجوز مقاضاتها أمام محاكم الجمهورية العربية المتحدة .

رابعا : أهلية الشخص الاعتبارى

٣٥٧ – أهلية الأداء لدى الشخص الاعتبارى :

عرفنا أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . فمناطها عند الشخص الطبيعى هو التمييز ، حيث تقوم على مدى مايتوفر له من قدرة إرادية .

والشخص الاعتبارى ، بحكم طبيعته ، لايتوافر التمييز عنده ، إذ ليس له بذاته إرادة . ولذلك فإنه من التجوز فى التعبير ماتنص عليه المادة ٥٣ فقرة ثالثة من التقنين المدنى بقولها إن الشخص الاعتبارى « يكون له نائب يعبر عن إرادته » . حيث لايقدر الشخص الاعتبارى ، نظراً إلى طبيعة تكوينه ، على أن يباشر نشاطه بنفسه ، بل يباشر عنه هذا النشاط من يمثلونه من الأفراد والأجهزة ، كالمدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية . فهؤلاء الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص الاعتبارى هم الأداة التى يزاول بها نشاطه . وعلى هذا النحو تؤخذ أهلية الأداء عند الشخص الاعتبارى بالمعنى الذى يتفق مع طبيعته . فيكون المراد بها مدى مايستطيع الشخص الاعتبارى أن يمارسه من نشاط إرادى بواسطة ممثليه .

وقد اختلف الفقه فى تحديد مركز هؤلاء الأشخاص الذين يمثلون الشخص الاعتبارى : فأخذ فريق من الفقه بفكرة الوكالة ، حيث يرى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون وكلاء عن الشخص الاعتبارى . ولكن يلاحظ على هذا التصوير أن الوكالة تفترض وجود موكل يوكل غيره بإرادته ، فى حين أن الشخص الاعتبارى ليست له إرادة .

واتجه فريق آخر من الفقه إلى فكرة النيابة القانونية ، إذ يذهب إلى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون نواباً قانونيين عن الشخص الاعتبارى ، يستمدون سلطتهم فى العمل باسم الشخص الاعتبارى من القانون ذاته ، شأنهم فى ذلك شأن الولى أو الوصى أو القيم الذى ينوب قانونا عن عديم الأهلية أو ناقصها . وقد قيل فى نقد هذا التصوير إن مركز الشخص الاعتبارى يختلف عن مركز عديم الأهلية أو ناقصها . ذلك أن وجود أشخاص

طبيعيين يمارسون نشاط الشخص الاعتبارى أمر تفرضه طبيعة الأشياء نظراً إلى ماهنالك من استحالة طبيعية فى أن يباشر هذا الشخص نشاطه بنفسه . بينما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمى الأهلية أو ناقصيها أمر تدعو إليه فكرة حماية هؤلاء . ويترتب على هذا الفارق أن يكون وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص الاعتبارى هو الوضع الطبيعى الدائم طوال حياة هذا الشخص ، أما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمى الأهلية أو ناقصيها فهى من قبيل الاستثناء الموقوت بقيام السبب الذى دعا إليها ، حيث تزول باكتمال الأهلية .

وذهب فريق كبير من الفقه الحديث إلى القول بنظرية الجهاز أو العضو أو الأداة l'organe . وهى تعنى أن الشخص الاعتبارى يستند فى وجوده إلى أجهزة تعتبر جزءاً منه ويستخدمها فى مباشرة نشاطه كما يستخدم الشخص الطبيعى أعضاء جسمه ، بحيث يعتبر العمل الذى تقوم به هذه الأجهزة هو عمل الشخص الاعتبارى نفسه . وتمتاز هذه النظرية بأنها تجعل مسئولية الشخص الاعتبارى عن الأعمال الصادرة من أجهزته مسئولية مباشرة عن عمله الشخصى ، فهى بهذا تفضل نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية . ولكن يعيبها أنها تبالغ فى تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى رغم مابينهما من اختلاف حتمى فى الطبيعة والتكوين . فأعضاء الشخص الطبيعى التى يمارس بها نشاطه ليس لها كيان مستقل عن كيانه ، أما أجهزة أو أعضاء الشخص الاعتبارى فهم أشخاص لهم كيانهم المستقل يوجهون نشاط هذا الشخص بإرادتهم . ولهذه الحقيقة أهميتها فى تحديد مدى مسئولية الشخص الاعتبارى عن الأعمال التى تصدر من أجهزته كما سنرى .

ولهذا فإنا نؤثر القول بأن الذين يمثلون الشخص الاعتبارى يعتبرون نواباً قانونيين عنه ، وإن كانت هذه النيابة القانونية تخضع لأحكام خاصة تتفق مع طبيعة الشخص الاعتبارى وتكوينه . فهى ليست نيابة قانونية يراد بها حماية الشخص الاعتبارى كما هو الشأن فى النيابة القانونية العادية التى تقدمت الإشارة إليها . وإنما هى نيابة تكفل تمثيل الشخص الاعتبارى على نحو يستجيب لمقتضيات وجوده . فهى بهذه المثابة تقوم على اعتبار أن ممثلى الشخص الاعتبارى هم الأداة التى يمارس نشاطه بواسطتها . وبذلك تتسع للأعمال المادية والتصرفات القانونية على حد سواء . وتجعل الشخص الاعتبارى

مسئولا مسئولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التى تصدر من ممثليه مادامت هذه الأعمال قد صدرت فى حدود ما لهؤلاء من سلطة للعمل لحساب الشخص الاعتبارى :

٣٥٨ – مدى أهلية الأداء لدى الشخص الاعتبارى :

رأينا أن مبدأ التخصص يحد من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى ، فلا يكون صالحا لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذى وجد من أجله(١) .

ومن ثم فإن هذا المبدأ يحد كذلك من أهلية الأداء لدى الشخص الاعتبارى ، حيث ينحصر نشاطه فى الحدود التى يقتضيها هذا الغرض : وقد نصت المادة ٥٣ / ٢ ب من التقنين المدنى فى هذا المعنى على أن للشخص الاعتبارى « أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه ، أو التى يقررها القانون » .

وتطبيقا لذلك بالنسبة إلى الجمعيات نصت المادة ١٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أن « على الجمعيـة أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها ، ولها أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها ... » :

وهناك جزاءات يفرضها القانون فى حالة الخروج على مبدإ التخصص . وهـذه الجزاءات قد تصيب الشخص الاعتبارى نفسه ، كما هى الحال فى حل الجمعيـة أو المؤسسة إذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها (م ٥٧ و ٨١ من القانون المذكور) : وقد تصيب ممثلى الشخص الاعتبارى ، كما هى الحال فى عزل مديرى المؤسسة الذين يستعملون أموالها فيما لايتفق مع أغراضها أو قصد منشئها (مادة ٧٩ من القانون المذكور) ، وكما هى الحال فى حبس أو تغريم كل من باشر نشاطا للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لايحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها فى مضاربات مالية (م ٣/٩٢ من القانون المذكور) . وكل قرار أو

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٠ .

تصرف يصدر على خلاف مايقضى به غرض الشخص الاعتبارى يكون غير نافذ ، وذلك بالإضافة إلى مسئولية من أصدره قبل الشخص الاعتبارى . وتطبيقا لذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات ، يكون للجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية أو المؤسسة إذا كان مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب (م ٣٣ و ٨١ من القانون المذكور) . كما يكون أعضاء مجلس الإدارة ومدير الجمعية أو المؤسسة مسئولين فى أموالهم الخاصة عن تعويض الأضرار المادية التى تلحق بالجمعية أو المؤسسة بسبب إخلالهم بواجباتهم (م ٩٥ من القانون المذكور) .

٣٥٩ – مسئولية الشخص الاعتبارى :

قلنا إن نيابة ممثلى الشخص الاعتبارى تقوم على اعتبار أن هؤلاء هم الأداة التى يمارس نشاطه بواسطتها . وعلى هذا الأساس تتحدد مسئولية الشخص الاعتبارى المترتبة عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه . حيث يكون الشخص الاعتبارى مسئولا مسئولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التى تصدر من ممثليه ، مادامت هذه الأعمال قد صدرت فى حدود مالهؤلاء من سلطة العمل لحساب الشخص الاعتبارى . فإذا روعيت هذه الحدود فلا تقع ثمة مسئولية على هؤلاء الممثلين بصفتهم الشخصية نحو من أصابه الضرر ، بل يكون الشخص الاعتبارى هو وحده المسئول عن أعمال تعتبر أنها قد صدرت منه . أما إذا جاوز الممثلون حدود سلطتهم فإنهم يسألون عن أخطائهم الشخصية باعتبارهم مسئولين مسئولية أصلية عن عملهم الشخصى ، بينما تكون مسئولية الشخص الاعتبارى مسئولية تبعية هى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع . وعلى هذا النحو يمكن ضبط حدود المسئولية التى تقع على عاتق الشخص الاعتبارى .

وفى هذا مايغنينا عن الأخذ بنظرية الجهاز التى تقدم ذكرها ، إذ أن الأخذ بهذه النظرية يجرنا إلى أحد أمرين من شأن أيهما أن يؤدى إلى نتائج غير مقبولة . فاما أن نأخذ بهذه النظرية على إطلاقها ، وهذا يؤدى إلى عدم مساءلة من يمثلون الشخص الاعتبارى حتى لو تجاوزوا حدود سلطتهم رغم مالهم من إرادة مستقلة . وإما أن نفرق

بين الأجهزة التي يعتبر خطؤها هو خطأ الشخص الاعتبارى نفسه وبين التابعين الذين يسأل هذا الشخص عن أخطائهم مسئولية تبعية باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه، وهي تفرقة مشكوك في سلامتها وجديتها.

كذلك تتحدد مسئولية الشخص الاعتبارى الجنائية على الأساس الذى قدمناه. وهذه المسئولية لاتؤدى بطبيعة الحال إلا إلى توقيع عقوبات تتفق مع طبيعة الشخص الاعتبارى ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة . وقد نص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على مخالفات معينة يجوز حل الجمعية والمؤسسة بسببها (م ٧و٨١) : كما نص على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تقوم باغلاق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد ، وذلك كإجراء مؤقت حتى يفصل فى أمرها (م ٩٦) .

المبحث الثانى

أنواع الشخص الاعتبارى

٣٦٠ – الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى أشخاص عامة وأشخاص خاصة . ويرتد هذا التقسيم إلى تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص . حيث تعتبر الأشخاص الاعتبارية العامة من أشخاص القانون العام فتخضع لأحكامه ،وتعتبر الأشخاص الاعتبارية الخاصة من أشخاص القانون الخاص فتسرى عليها أحكامه . ومع ذلك فإن خضوع الشخص الاعتبارى لهذا النوع أو ذاك من الأحكام تبعا للطائفة التى ينتمى إليها لم يعد مطلقا إلى الحد الذى كان مقررا من قبل . فهناك من الأشخاص الاعتبارية العامة مايخضع فى بعض النواحى لأحكام القانون الخاص ، كما هى الحال بالنسبة إلى المرافق الاقتصادية التى أنشأتها الدولة أخيراً واعتبرتها مؤسسات عامة : وهناك من الأشخاص الاعتبارية الخاصة مايخضع فى بعض النواحى لأحكام القانون العام ، كما هى الحال بالنسبة إلى الجمعيات

والمؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة ، وكما هى الحال كذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة بوجه عام من حيث خضوعها لرقابة الجهة الإدارية المختصة فى قيامها وحلها وأعمالها وتصرفاتها .

وقد عددت المادة ٥٢ من التقنين المدنى الأشخاص الاعتبارية فقالت : « الأشخاص الاعتبارية هى : ١ — الدولة وكذلك المديريات (المحافظات) والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية . ٢ — الهيئات والطوائف الدينية فى التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية . ٣ — الأوقاف . ٤ — الشركات التجارية والمدنية . ٥ — الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد . ٦ — كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون » .

ويتضمن هذا النص بيان الأشخاص الاعتبارية بنوعيها ، ومن ثم نتكلم فى الأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم فى الأشخاص الاعتبارية الخاصة .

المطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٦١ — طائفتان من الأشخاص الاعتبارية العامة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى طائفتين :

(١) الأشخاص الإقليمية : وهذه الأشخاص يتوفر لها اختصاص عام من حيث نوع النشاط بحيث يشمل جميع المرافق ، ولكن فى حدود إقليمية معينة . وأهم هذه الأشخاص شخص أساسى هو الدولة التى يمتد سلطانها ونشاطها إلى كل إقليمها : ويليها الأشخاص المحلية التى يتولى كل منها شئون المرافق العامة على اختلاف أنواعها فى جزء من إقليم الدولة ، وهى المحافظات والمدن والقرى . وتكسب هذه الأشخاص الشخصية

القانونية من طريق الاعتراف العام بمجرد نشوئها وفق الشروط التي يحددها القانون.

(٢) المنشآت أو المؤسسات العامة(١) : وهـــذه الأشخاص يطلق عليها كذلك الأشخاص المرفقية، تمييزا لها عن الأشخاص الإقليمية ، نظرا إلى أن اختصاصها يتعلق بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة. فالاختصاص هنا نوعي أي يتحدد بحسب نوع النشاط ، بينما الاختصاص في الطائفة الأولى إقليمي أي يتحدد بحسب المكان . وقد نصت المادة ٥٢ / ١ من التقنين المدني على هذه الأشخاص بقولها: « الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية ». ويتضح من هذا النص أن هـــذه الأشخاص ، على خلاف الطائفة الأولى ، تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف الخاص .

وقد كانت هذه الأشخاص المرفقية قاصرة على المؤسسات العامة الإدارية المعروفة من قديم ، كالجامعات ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والإذاعة اللاسلكية. ولكن ترتب على اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها في نواح من النشاط كانت متروكة أصلا للمجهود الخاص أن اتسع نطاق المنشآت أو المؤسسات العامة بحيث زاد عدد الأشخاص المرفقية زيادة كبيرة .

ففي ظل النظام الاشتراكي ظفر المجال الاقتصادي بأكبر نصيب من عناية الدولة وتدخلها لمصلحة جماهير الشعب. فأدى هذا إلى ظهور صورة جديدة من الأشخاص العامة المرفقية ، هي المؤسسات العامة الاقتصادية . وهذه المؤسسات تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، وتمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً ، ويكون لكل منها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات

---

(١) كان ينصرف اصطلاح المؤسسات fondations في الأصل إلى ماينشأ منها في نطاق القانون الخاص ويكون الغرض منه هو البر أو النفع العام . ثم أطلق هذا الاصطلاح كذلك في فقه القانون العام المصري وفي تشريعه على المنشآت العامة établissements publics التي يمنحها الشارع الشخصية الاعتبارية . وبذلك صارت هناك مؤسسات عامة ومؤسسات خاصة. والتمييز واضح بين النوعين . فالمؤسسات الخاصة من أشخاص القانون الخاص حتى لو اعتبرت ذات صفة عامة وثبت لها بعض حقوق السلطة العامة. فهي تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف العام ، وتخضع في نشوئها ونشاطها لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

التجارية (المادة الأولى من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالمؤسسات العامة) فلا تلحق بميزانية الدولة » وهى تمارس نشاطها إما بنفسها أو بواسطة ماتشرف عليه من شركات مساهمة أو جمعيات تعاونية (م ٢ من القانون المذكور) . فالأمر هنا يتعلق بمرافق اقتصادية مما كان يدخل أصلا فى النشاط الخاص ورأت الدولة أن تتولاها عن طريق المؤسسات العامة التى يتوفر لها من الاستقلال الفنى والإدارى والمالى مايمكنها من اتباع أساليب المشروعات الخاصة كى تحقق الأغراض المقصودة فيها .

كذلك ظهرت صورة أخرى جديدة من الأشخاص العامة المرفقية ، هى الهيئات العامة . وهذه الهيئات تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية ، لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية (المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالهيئات العامة) . وهى وإن كانت لكل منها ميزانية خاصة إلا أن هـــذه الميزانية ، على خلاف ميزانية المؤسسات العامة ، تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليها أحكامها(١) . حيث يتعلق الأمر هنا بخدمة عامة كانت تتولاها مصلحة حكومية ، ولكن رؤى أن يعهد بها إلى هيئة مستقلة نظرا إلى مايمتاز به هذا الوضع من مرونه فى الإدارة . ومن أمثلتها الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والهيئة العامة لشئون البترول ، وهيئة إدارة قناة السويس .

وبالإضافة إلى ذلك فإن المرافق أو النقابات المهنية أصبحت بحكم نظامها من أشخاص القانون العام ، حيث يعتبرها الفقه الإدارى مؤسسات عامة مهنية . وذلك على اعتبار أنها تضم المشتغلين بمهنة معينة فى جماعة تثبت لها الشخصية الاعتبارية ، ويكون الاشتراك فيها حتميا ، وتفرض على أعضائها رسوما معينة ، ولها عليهم سلطة تأديبية : فهى من هذا تتمتع ببعض حقوق السلطة العامة ، وتعتبر قراراتها المتعلقة بالنشاط المهنى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإدارى (٢) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالمؤسسات العامة.

(٢) انظر هذا المعنى حكما لمحكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٠ فى شأن نقابة المحامين ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٥ — ٣٠٤ — ٧٢ . وانظر كذلك حكمها الصادر فى التاريخ ذاته فى شأن نقابة المهندسين ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٥ — ٣٢١ — ٧٥ .

هذا ، وقد أثير التساؤل عما إذا كانت الهيئات والطوائف الدينية من الأشخاص العامة أم من الأشخاص الخاصة : وهى الهيئات والطوائف التى نصت عليها المادة ٥٢ / ٢ من التقنين المدنى فى عداد الأشخاص الاعتبارية فقالت : « الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » . وقد اعتبرتها محكمة القضاء الإدارى من الأشخاص الاعتبارية العامة ،واعتبرت قراراتها بالتالى قرارات إدارية تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإدارى : وذلك على اعتبار أن هذه الطوائف والهيئات تتمتع ببعض حقوق السلطة العامة ، وتقوم بخدمات ذات نفع عام ، وتخضع لهيمنة الدولة وإشرافها(١) . وهذه الأشخاص ، كما يتضح من النص ، تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف الخاص .

المطلب الثانى

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٦٢— جماعة الأشخاص ومجموعات الأموال :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى طائفتين : الأولى عبارة عن جماعات من الأشخاص تتكون لتحقيق غرض معين ، وتشمل الشركات والجمعيات : والثانية عبارة عن مجموعات من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة . وسواء بالنسبة إلى هذه الجماعات من الأشخاص أو المجموعات من الأموال ، فإنها تكسب الشخصية من طريق الاعتراف العام ، كما هو واضح من نص المادة ٥٢ من التقنين المدنى التى عددت الأشخاص الاعتبارية وذكرناها فيما تقدم :

وهناك جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال قد تنشأ فى المستقبل دون أن تندرج تحت النماذج المذكورة . وهذه لا تكسب الشخصية إلا بمقتضى اعتراف

---

(١) انظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٦ أبريل ١٩٥٤ فى شأن بطركخانة الأقباط الأرثوذكس ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٨ — ١١٧١ — ١٦٠ . وانظر كذلك حكمها الصادر فى ١٧ نوفبر ١٩٥٤ فى شأن المجلس الصوفى الأعلى ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٩ — ٣١ — ٣٤ .

خاص ، وقد نصت عليها المادة ٥٢ /٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون » .

ونتكلم فى جماعات الأشخاص ، ثم فى مجموعات الأموال :

أولا : جماعات الأشخاص

٣٦٣ – الشركات والجمعيات :

عنى الشارع بتنظيم أحكام هذين النوعين لجماعات الأشخاص ، وجعل الشخصية الاعتبارية تثبت لهما بمقتضى الاعتراف العام كما قلنا :

وأحكام الشركات موزعة بين التقنين المدنى والتقنين التجارى وبعض القوانين الخاصة :

أما الجمعيات فقد رأينا أن تنظيمها قد مر بمراحل متعددة(١) حتى أصبحت الآن خاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ؛

فنتناول هذين النوعين فيما يلى :

(١) الشركات

٣٦٤ – التعريف بالشركة وبيان أنواعها :

الشركة société ، كما عرفتها المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى ، هى « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » ؛

ويتضح من هذا التعريف أن الشركة جماعة من الأشخاص ترمى إلى الحصول على ربح مادى . وبهذا الغرض تتميز الشركة عن الجمعية ، فكل منهما جماعة من الأشخاص ، ولكن الأولى ترمى إلى الربح المادى ، بينما تهدف الثانية إلى غرض غير هذا كما سنرى .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٤١

وإذا كان الأصل أنه يكفى وجود شخصين لقيام الشركة، فإن القانون قد يتطلب بالنسبة إلى بعض أنواع الشركات عددا أكبر من الشركاء كحد أدنى ، كما هى الحال بالنسبة إلى شركات المساهمة التى يجب أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الأقل .

والشركات نوعان : شركات مدنية وشركات تجارية .

فالشركات المدنية هى التى تقوم بأعمال مدنية ، كالشركات العقارية التى تقوم بشراء الأراضى وبيعها بعد تقسيمها أو إصلاحها . وقد نصت المادة ٥٢٣ من التقنين المدنى فى شأنها على أنه « إذا لم تف أموال الشركة بديونها ؛ كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة » .

والشركات التجارية هى التى تقوم بأعمال تجارية ؛ كشركات النقل وشركات التأمين والشركات الصناعية وشركات المقاولات والشركات التى تتجر فى الأقمشة أو المواد الغذائية . وهى إما شركات أشخاص أو شركات أموال بحسب الاعتبار الملحوظ فى تكوينها .

فشركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصى أى الثقة فى أشخاص الشركاء ؛ وهى إما أن تكون شركات تضامن أو تكون شركات توصية بسيطة . وشركة التضامن société en nom collectif هى التى يكون كل شريك فيها مسئولا عن ديون الشركة فى كل أمواله الخاصة لا فى حدود حصته فى الشركة فحسب ، كما يعتبر الشريك تاجرا . وشركة التوصية البسيطة société en commandite simple هى التى تضم فريقين من الشركاء : شركاء متضامنون يكونون فى ذات المركز الذى للشركاء فى شركة التضامن ، وشركاء موصون تتحدد مسئولية كل منهم بقدر حصته فى الشركة فحسب فلا يسأل فى أمواله الخاصة ولا يكسب صفة التاجر ، ولكن الاعتبار الشخصى قائم بالنسبة إليهم كما هو الشأن بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين ، بحيث يمتنع على أى منهم التصرف فى حصته دون رضاء باقى الشركاء .

أما شركات الأموال فتقوم على الاعتبار المالى ، بمعنى أن أشخاص الشركاء لا يكونون محل اعتبار ، وإنما يكون العنصر الأساسى الملحوظ فيها هو رأس المال ؛ وهذه هى شركات المساهمة sociétés anonymes التى يتجزأ رأس المال فيها إلى أسهم

متساوية القيمة تكون قابلة للتداول وتنتقل بالوفاة ، وتتحدد فيها مسئولية كل مساهم بقدر ماله من أسهم فحسب ، فلا يسأل عن ديون الشركة فى أمواله الخاصة .

وهناك شركات تجمع بين الاعتبار الشخصى والاعتبار المالى . وهذه هى شركات التوصية بالأسهم sociétés en commandite par actions التى تضم فريقين من الشركاء : شركاء متضامنون يكونون فى ذات المركز الذى للشركاء فى شركة التضامن ، وشركاء موصون تتحدد مسئولية كل منهم بقدر ماله من أسهم فحسب فلا يسأل فى أمواله الخاصة ، ولا يكون لشخصه اعتبار على خلاف الحال فى شركة التوصية البسيطة ، بحيث تكون أسهمه قابلة للتداول وتنتقل بالوفاة كما هى الحال فى شركة المساهمة .

٣٦٥ — تكوين الشركة وبدء شخصيتها :

يوجب القانون أن يكون عقد الشركة مكتوبا ، وإلا كان باطلا (م٥٠٧ مدنى). فالكتابة هنا شرط انعقاد ، وليست مطلوبة لمجرد الإثبات فحسب . ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن يحتج به الشركاء قبله .

وقد يتطلب القانون ، فوق الكتابة ، إجراء آخر لقيام الشركة ، كما هى الحال بالنسبة إلى شركات المساهمة حيث يلزم صدور قرار جمهورى يرخص بتأسيسها .

والقاعدة أن تكسب الشركة الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها على هذا النحو. وهذا ما نصت عليه المادة ٥٠٦ من التقنين المدنى . غير أنه لما كان يهم الغير أن يعلم بقيام الشركة ، فإن هذه الشخصية لا يحتج بها عليه إلا بعد استيفاء إجراءات النشر عن الشركة بالطريقة التى يقررها القانون . ولكن يلاحظ أن المقصود من ذلك هو حماية الغير ، ولذلك لا يستطيع الشركاء أن يحتجوا على الغير بعدم استيفاء إجراءات النشر المقررة ، بينما يكون للغير أن يتمسك بشخصية الشركة رغم عدم القيام بهذه الإجراءات.

٣٦٦ — انقضاء الشركة :

تنتهى الشخصية الاعتبارية للشركة بانتهائها . وتنتهى الشركة ، أيا كان نوعها ، بانقضاء الأجل المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله (م ٥٢٦/١ مدنى)،

أو بهلاك مالها (م ٢٥٧/ ١ مدنى) ، أو بإجماع الشركاء على حلها (م ٥٢٩/ ٢مدنى)، أو بحكم قضائى يصدر بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدنى) .

وهناك فضلا عن ذلك أسباب تنقضى بها شركات الأشخاص لمساسها بالاعتبار الشخصى الملحوظ فى هذه الشركات : حيث تنتهى بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه (م ٥٢٨/ ١ مدنى) ، كما تنتهى بانسحابه إذا كانت مدتها غير معينة (م ٥٢٩ / ١ مدنى). غير أن هذه الأسباب لاتتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم قيام أحد هذه الأسباب :

وإذا كان الأصل أن تنتهى الشخصية الاعتبارية للشركة بانقضائها ، إلا أن هذه الشخصية تبقى مع ذلك بعد انقضاء الشركة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تتم هـــذه التصفية (م ٥٣٣ مدنى) .

(٢) الجمعيات

٣٦٧ – تمهيد :

رأينا فى بياننا للمراحل التى مر بها تنظيم الجمعيات والمؤسسات الخاصة أن قواعد هذا التنظيم كان يتضمنها التقنين المدنى (م ٥٤ — ٨٠) ، وذلك بالإضافة إلى عدة قوانين خاصة ، منها ماصدر قبل هذا التقنين ، ومنها ماصدر بعده . ثم صدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، فألغى النصوص الواردة فى التقنين المدنى والقوانين الخاصة التى تقدمت الإشارة إليها(١)، حيث جمع هذا القانون شتات الأحكام الموزعة بين نصوص ذلك التقنين وهذه القوانين الخاصة . وبعد مضى فترة وجيزة ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

وقد جاء هذا القانون الأخير بتعديلات وأحكام جديدة روعيت فيها ظروف المجتمع فى ظل النظام الاشتراكى ومقتضيات نظام الإدارة المحلية . إذ من الواضح أن الجمعيات والمؤسسات الخاصة تقوم بدور أساسى فى ميدان الرعاية الاجتماعية ، حتى

---

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٣٤١ .

أصبحت وزارة الشئون الاجتماعية تعتمد عليها فى تقديم الخدمات الاجتماعية المختلفة للمواطنين ، نظرا إلى مايمتاز به العمل فى ميدان النشاط الأهلى من مرونة تجعله أكثر ملاءمة لأداء هذا النوع من الخدمات(١) .

وسنرى أن أهم هذه التعديلات والأحكام الجديدة العناية بتحديد المجال الإقليمى الذى تعمل فيه الجمعية . والنص على حق الإدارة فى رفض شهر نظام الجمعية لأسباب معينة ، وفى تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت للجمعية فى حالات معينة ، وفى إدماج أكثر من جمعية أو توحيد إدارتها أو تعديل أغراضها ، وفى وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية لأسباب معينة ، وفى حل الجمعية ، وفى الترخيص بإيواء المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعية . والنص على حق الإدارة فى إنشاء اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وكذلك النص على أن ينشأ اتحاد عام لهذه الجمعيات والمؤسسات . والنص على أن ينشأ صندوق لإعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة واتحاداتها .

٣٦٨ – التعريف بالجمعية :

الجمعية ، وفقا للمادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، «كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لايقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى » .

ويتضح من هذا التعريف أن الجمعية تتميز بخصائص ثلاث ، هى عبارة عن المقومات التى ذكرناها فيما تقدم للشخص الاعتبارى(٢) ، وهى :

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية تأييدا لهذا الاعتبار مايأتى : « ومن هنا تظهر أهمية الجمعيات والمؤسسات الخاصة فى ضوء الميثاق الوطنى بخصوص الحقوق الأساسية التى ينبغى تكريس الجهد لتحقيقها لكل مواطن ، ومن هذه الحقوق ألوان الرعاية الاجتماعية المختلفة التى لم تعد إحسانا أو تفضلا فى مجتمعنا الاشتراكى الذى يقوم على الكفاية والعدل وتكافؤ الفرص ، ومن ثم كان من الواجب أن تخضع الجهود التى تبذل فى ميدان الخدمة الاجتماعية لتخطيط سليم فى إطار خطة عامة شاملة تشرف عليها الدولة وتوجهها وتراقب تنفيذها »(المذكرة الايضاحية القانون رقم٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة).

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٤٦ .

(١) تتألف الجمعية من جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون الأعضاء الذين تتألف منهم هذه الجماعة أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين . فإن كانوا أشخاصا طبيعيين وجب ألا يقل عددهم عن عشرة(١) . ومن الصور التى تتكون فيها الجمعية من أشخاص اعتباريين مايكون للجهة الإدارية المختصة ، وفقا لما تقضى به المادة ٨٣ من القانون المذكور ، أن تنشئه من اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات ، إذ تكون لهذه الاتحادات الشخصية الاعتبارية ، وتتألف جمعيتها العمومية من ممثلى هـذه الجمعيات . وكذلك الاتحاد العام للجمعيات الذى ينشأ وفقا للمادة ٨٥ من القانون المذكور وتكون له الشخصية الاعتبارية :

(٢) يتوفر للجمعية تنظيم مستمر . ولا يقصـد بالاستمرار التأبيد والدوام ، فقد تكون الجمعية لمدة معينة كما هو واضح من النص ، وإنما المقصود أن يكون وجود الجمعية مستقراً وثابتا بحيث يميزها عن الاجتماعات العارضة كاتفاق جماعة على القيام برحلة :

(٣) تهدف الجمعية إلى غرض غير الحصول على ربح مادى . وهذا الغرض هو الذى يميز الجمعية عن الشركة . وقد يكون هذا الغرض خيريا كمساعدة الفقراء ، أو اجتماعياً كتوفير الخدمات الصحية ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب ، أو دينياً كنشر المبادئ الدينية ، أو ثقافياً كالنهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب ، أو رياضياً كإقامة النوادى وتنظيم المباريات، إلى غير ذلك من الأغراض عدا الربح المادى: ويستوى أن يكون الغرض تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة قاصرة على أعضاء الجمعية . كما لايهم أن تكون هـذه المصلحة الخاصة منطوية على مصلحة اقتصادية لأعضاء الجمعية مادام أن الغرض الأساسى ليس هو الربح المادى ، كما هى الحال بالنسبة إلى نقابات العمال والجمعيات التعاونية. وبناء على ذلك تعتبر جمعيات لا شركات، الجمعيات التعاونية التى تبيع السلع لأعضائها بسعر السوق ثم ترد إليهم فى نهاية كل عام

---

(١) لم ينص قانون سنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة على حد أدنى لعدد أعضاء الجمعية . ولكن المادة ٢٦ من هذا القانون كانت توجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الادارة عن ثلاثة ، فكان يؤخذ من هذا أن عدد أعضاء الجمعية يجب ألا يقل عن ثلاثة .

الفرق بين هذا السعر وما تكلفته فى خدمتهم، إذ أن الغرض الذى تهدف إليه ليس هو الربح المادى، وإنما هو تحقيق مصلحة اقتصادية للأعضاء بتخفيف أعباء المعيشة عنهم.

ومن الواضح أن الغرض الذى تهدف إليه الجمعية يجب أن يكون مشروعا . وقد نصت المادة الثانية من القانون المذكور فى هذا الصدد على أن « كل جمعية تنشأ مخالفة للنظام العام أو للآداب أو لسبب أو لغرض غير مشروع أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى أو نظامها الاجتماعى تكون باطلة » .

٣٦٩ – إنشاء الجمعية :

يشترط فى إنشاء الجمعية ، وفقاً لما تقضى به المادة ١/٣ من القانون المذكور ، أن يوضع لها نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين. فالكتابة هنا شرط انعقاد، وليست مطلوبة للإثبات فحسب .

ويجب ألا يشترك فى تأسيس الجمعية أو ينضم إلى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية إلا بتصريح من الجهـــة الإدارية المختصة (م ١/٣) .

ومع مراعاه القواعد والشروط التى يصدر بها قرار من الجهة الإدارية المختصة يجب أن يشمل نظام الجمعية على الأخص البيانات الآتية :

(١) اسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ومركز إدارتها على أن يكون فى الجمهورية العربية المتحدة .

ولا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

(٢) اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته .

(٣) موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها .

(٤) الأجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والأجهزة الأخرى الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لصحة قراراتها .

(٥) نظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم وعلى الأخص حق حضور الجمعية العمومية والتصويت فيها ؛

(٦) نظام المراقبة المالى ؛

(٧) كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدماجها أو تكوين فروع لها .

(٨) قواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول إليها أموالها .

وتتضمن اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة نظاما نموذجياً يجوز للجمعيات اتباعه فى إعداد نظمها (م ٣/٢و٣) .

٣٧٠ – ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية :

تقضى المادة الثامنة من القانون المذكور بأنه «لاتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا شهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون» . وهذا هو الحكم ذاته الذى كان ينص عليه القانون السابق الصادر فى سنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة فى المادة السابعة منه : وبذلك فإن إنشاء الجمعية بتحرير نظامها وفقاً للأوضاع المقررة لايكفى لثبوت الشخصية لها ، بل يجب لذلك أن يتم شهر نظامها . وفى هذا تختلف الجمعية عن الشركة كما سبق أن بينا(١) . وعليه فقبل إجراء الشهر لاتسرى فى حق الجمعية النتائج القانونية التى تترتب على ثبوت الشخصية .

ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده(٢) فى السجل الخاص المعد لذلك ، وينشر ملخص القيد فى الوقائع المصرية بغير مقابل (م ١٠) . ولكن التأخر فى نشر هذا الملخص لايترتب عليه تأخير ثبوت الشخصية للجمعية ، إذ أنها تثبت فور القيد فى السجل المعد لذلك(٣) . والحكمة من اشتراط الشهر هى تيسير الرقابة على الجمعية من ناحية ،

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٦٥ .

(٢) وقد نصت المادة ٩ على أنه « لايزيد رسم الشهر على خمسة جنيهات . وتبين اللائحة التنفيذية فئاته . ولايرد الرسم بأى حال من الأحوال . ولاتستحق أية رسوم على شهر مايجرى من تعديلات » .

(٣) وتبين اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع الخاصة بهذا السجل وإجراءات القيد فيه وشروطه (م ١٠ / ٢) .

وتحقيق مصلحة للأعضاء من ناحية أخرى. إذ أن للجهة الإدارية المختصة،وهى وزارة الشئون الاجتماعية ، أن ترفض إجراء القيد إذا كان الطلب غير مستكمل للشروط التى يتطلبها القانون . كما أن الشهر يمكن كل عضو فى الجمعية من التعرف على نظامها . وقد نصت المادة ١٤ فى هذا الصدد على أن « لكل عضو حق الاطلاع على مستندات الجمعية التى شهر نظامها بمقتضاها والحصول على صورة منها مصدق عليها بمطابقتها للأصل بعد أداء الرسم المقرر » .

ولهذه الحكمة ذاتها أوجب الشارع شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، بحيث يعتبر التعديل كأن لم يكن مالم يشهر (م ١٥) .

وعلى الجهة الإدارية المختصة، بناء على طلب ذوى الشأن ، إجراء القيد فى السجل والنشر فى الوقائع المصرية . وتقوم هـــذه الجهة بإجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فإذا مضت هـــذه المدة دون إتمامه اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١١) .

على أن الشارع مع ذلك قد خول الإدارة سلطة تقدير مدى الحاجة إلى إنشاء الجمعية ومدى ملاءمة ذلك لظروف البيئة ؛ فبمقتضى المادة ١٢ فقرة أولى ؛ « للجهة الإدارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، حق رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت البيئة فى غير حاجة إلى خدماتها أو لوجود جمعيات أخرى تسد حاجات البيئة فى ميدان النشاط المطلوب أو إذا كان إنشاؤها لا يتفق مع دواعى الأمن أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد إحياء جمعية أخرى سبق حلها » . وهـــذا حكم استحدثه الشارع فى قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الحالى لتحقيق التنسيق بين جهود الهيئات ومنع الازدواج والتكرار وربط قيام الجمعيات بالاحتياجات الفعلية للمجتمع ، فضلا عن مراعاة مقتضيات الأمن وظروف البيئة(١) . فهو بهذه المثابة يعتبر قيدا غير مباشر على ثبوت الشخصية للجمعية بمقتضى الاعتراف العام كما ذكرنا فيما تقدم(٢) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار إليه .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥١ .

ويكون لذوى الشأن حق التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة من القرار برفض إجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغهم هذا القرار . ويجب البت فى هذا التظلم بقرار مسبب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله إلى الجهة المختصة ، ويعتبر فوات هذه المدة على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة قبول له (م ١٢ / ٢ و٣) .

ويجوز للجمعية أن تنشىء فروعا لها تباشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التى بها مقرها الرئيسى . وهذه الفروع تنشأ وتشهر طبقا للأحكام المقررة فى شأن الجمعية. ولا يجوز للفرع أن يعدل نظامه إلا بموافقة الجمعية (م ٢٦) .

٣٧١ – أهلية وجوب الجمعية :

رأينا أن أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى يحد منها قيدان عامان : الأول أنه لايثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التى تسمح بها طبيعته . والثانى أنه لايثبت له وعليه من الحقوق والالتزامات إلا مايكون لازماً لتحقيق الغرض الذى وجد من أجله، وهذا مايقصد إليه من مبدأ التخصص . ويصدق هذان القيدان على الجمعية كما يصدقان على غيرها من الأشخاص الاعتبارية .

وتطبيقا لمبدأ التخصص بالنسبة إلى الجمعية نصت المادة ١٩ من القانون المذكور على أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . . . . » . وقد أضافت المادة بعد ذلك أن « لها أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب ، على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها . . . . » . إذ أن مبدأ التخصص لايحول دون قيام الجمعية باستغلال إيراداتها كى تتمكن من تحقيق أغراضها . ولذلك فإن النص يقيد هذا الاستغلال بشروط ثلاثة تكفل تحقيق هذه الأغراض : الشرط الأول أن يقتصر الاستغلال على فائض الايرادات . والشرط الثانى أن يكون الاستغلال لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب . فلا يجوز للجمعية أن تضارب بهذه الأموال .ولذلك نصت المادة ٢٠ على أنه « لايجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية » . والشرط الثالث ألا يكون من شأن الاستغلال أن يؤثر فى نشاط الجمعية . ولضمان حسن قيام

الجمعيات بهذا الاستغلال نصت المادة ١٩ فى نهايتها على أن « تنظم اللائحة التنفيذية الأحوال والشروط التى يجوز بمقتضاها استغلال هذه الأموال » .

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب الجمعية كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، خص الشارع الجمعية بقيد يحد من أهليتها لكسب الحقوق العقارية لاينطبق على غيرها من الأشخاص الاعتبارية . حيث نصت المادة ٧ فقرة أولى على أنه « لايجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله مالم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة »(١) ، فهو قيد يقتصر على العقارات دون المنقولات . ويبدو أنه قيد لايحتمه مبدأ التخصص ، إذ أن مايقتضيه هذا المبدأ هو أن يظل الشخص الاعتبارى فى نطاق الغرض الذى وجد من أجله ، وليس فى تملك قدر من العقارات يزيد على ماهو ضرورى لتحقيق هذا الغرض مايعتبر خروجا عليه . وهذا القيد مأخوذ أصلا مما كانت تنص عليه المادة ٥٧ فقرة أولى من التقنين المدنى الملغاة . وقد عللته المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين بقولها إنه « قد رؤى أن من الخير استحداث هذا القيد ، وإن انطوى على الحد من حرية الجمعيات فى التملك ، توقيا لحبس العقارات عن التعامل ودرءا للتحايل على القواعد المتعلقة بالشركات »(٢) . ولعل الشارع قد تأثر فى إيراد هذا القيد بالفكرة القديمة التى تحمل معنى الخشية من ازدياد قوة الجمعيات وما يؤدى إليه من خطر على الدولة .

على أن هذا القيد ليس مطلقا . فقد خفف الشارع من حدته من ناحيتين : الأولى أن الجمعية يجوز لها التحلل من هذا القيد بإذن من الجهة الإدارية المختصة كما هو واضح من النص (م ٧ / ١) . والثانية أن هذا القيد لايسرى على الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية ، والجمعيات الثقافية (م ٧ / ٢) ، والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . ويقصد بالرعاية الاجتماعية فى هذا الصدد توفير الخدمات الصحية

---

(١) كان هذا القيد منصوصا عليه كذلك فى المادة ٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة السابق ، ولكن دون جواز التحلل منه بإذن من الجهة الإدارية المختصة .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية من التقنين المدنى ج ١ ص ٣٩١ .

والاجتماعية والفنية للأفراد أو الأسر أو المجتمع ، وعلى الأخص الخدمات المتصلة برعاية الأسرة والأمومة والطفولة ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب وما يتعلق بهذه الخدمات من بحوث ودراسات وتمويل وتنظيم وتدريب (م ٣/٧) . وتعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب (م ٤/٧) . وتعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك (م ٦٣) .

٣٧٢ – الأجهزة التي تمثل الجمعية :

رأينا أن نظام الجمعية يتضمن بياناً بالأجهزة التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والأجهزة الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لصحة قراراتها (م ٢/٣ د) . على أن هناك جهازين أساسيين يوجب القانون وجودهما في كل جمعية ، وهما الجمعية العمومية ومجلس الإدارة .

(١) *الجمعية العمومية* : تتكون الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين الذين أوفوا الالتزامات المفروض عليهم وفقا لنظام الجمعية ومضت على عضويتهم مدة ستة أشهر على الأقل ؛ ويستثنى من شرط مضى هذه المدة أعضاء جمعيات الطلبة في معاهد التعليم (م ٣٤) .

والأصل أن يكون انعقاد الجمعية العمومية في مقر المركز الرئيسي للجمعية ؛ ويجوز لمجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العمومية للانعقاد في مكان آخر يحدد في خطاب الدعوة (م ٣٥) .

وتنعقد الجمعية العمومية بناء على أي مما يأتي : (ا) دعوة من مجلس الإدارة ؛ (ب) طلب يتقدم به لمجلس الادارة كتابة ربع الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية أو مائتان منهم أيهما أقل مع بيان الغرض من ذلك . (ج) دعوة من الجهة الادارية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، كما يجوز لها ذلك إذا لم يستجب مجلس الإدارة للطلب السابق (م ٣٦) ؛ ويجب في جميع الأحوال

أن يرفق جدول الأعمال بالدعوة إلى الجمعية العمومية (م ٣٧) :

وتجب دعوة الجمعية العمومية مرة كل سنة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية . وذلك للنظر فى الميزانية والحساب الختامى وتقرير مجلس الإدارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات وتعيين وانتخاب أعضاء مجلس الإدارة بدلا من الذين زالت أو انتهت عضويتهم وتعيين مراقب الحسابات ، وغير ذلك من المسائل التى يرى مجلس الإدارة إدراجها فى جدول الأعمال . وتجوز دعوتها لاجتماعات غير عادية للنظر فى تعـــديل نظام الجمعية أو حلها أو اندماجها فى غيرها أو عزل أعضاء مجلس الإدارة أو لغير ذلك من الأسباب (م ٣٨) .

ويجوز لعضو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضواً آخر يمثله فى حضور الجمعية العمومية وفقاً لما يحدده نظام الجمعية . ولا يجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو واحد (م ٤٠) .

ولا يعتبر اجتماع الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها . فإذا لم يتكامل العدد أجل الاجتماع إلى جلسة أخرى تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع الأول تبعا لما يحدد فى نظام الجمعية ، ويكون الانعقاد فى هـذه الحالة صحيحاً إذا حضره بأنفسهم عدد لا يقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو مائتا عضو أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين عن ثمانية أشخاص (م ٤١) .

ولا يجوز للجمعية العمومية النظر فى غير المسائل الواردة فى جدول الأعمال إلا بموافقة الأغلبية المطلقة لمجموع عـــدد أعضاء الجمعية العموميـة وليس للأعضاء الحاضرين (م ٣٧) .

والأصل أن تصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ، مالم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك . غير أنه استثناء من هذا الأصل يوجب القانون أن تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية العمومية وليس للأعضاء الحاضرين فيما يختص بتعديل نظام الجمعية . وتصدر بأغلبية ثلثى أعضاء الجمعية العمومية فيما يختص بتقرير حل الجمعية أو إدخال تعديل فى نظامها يتعلق بغرض الجمعية أو عزل

أعضاء مجلس الإدارة ، وكذلك فيما يتعلق باندماج الجمعية فى غيرها . وكل ذلك مالم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر (م ٤٢) .

ولا يجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك فى التصويت إذا كان موضوع القرار المعروض إبرام اتفاق معه أو رفع دعوى عليـــه أو إنهاء دعوى بينه وبين الجمعية . وكذلك كلما كانت له مصلحة شخصية فى القرار المطروح فيما عدا انتخاب أجهزة الجمعية (م ٤٣) .

(٢) **مجلس الإدارة** : يجب أن يكون لـكل جمعيـــة مجلس إدارة ، يبين نظامها اختصاصه وطرق اختيار أعضائه وإنهاء عضويتهم ، وتبين اللائحة التنفيذية نظام سير العمل فيه (م ٤٥) .

ويجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الإدارة عن خمسة ولا يزيد عن خمسة عشر . وفى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب ، يجب أن تكون نسبة عدد أعضـاء المجلس المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين (م ٤٦) . وتكون مـدة عضوية المجلس ثلاث سنوات ، على أن يتجدد انتخاب ثلث الأعضاء كل سنة بطريق القرعة . ولا يجوز فى جميع الأحوال أن تزيد مدة العضوية عن خمس ســنوات متتالية ، كما لا يجوز إعادة انتخاب من انتهت عضويتهم بمضى هذه المدة أو بالاستقالة قبل مرور سنة من تاريخ انتهاء العضوية (م٤٧) . ولوزير الشئون الاجتماعية أن يعين ممثلا للوزارة وممثلا لكل هيئة من الهيئات الإدارية المعنية ، أعضاء فى المجلس بحيث لا يزيد عددهم عن نصف مجموع الأعضاء ، وفى هذه الحالة لا تسرى على هؤلاء الأعضاء المعينين الأحكام المذكورة فيما يتعلق بالحد الأقصى لعدد أعضاء المجلس أو مدة العضوية (م ٤٨) .

ولا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن يكون عضواً فى مجلس إدارة جمعية أخرى تعمل فى الميدان ذاته (م ٤٩) ، كما لا يجوز له أن يعمل فى الجمعية بأجر (م ٥٠). ويشترط فيه أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، ويستثنى من ذلك جمعيات الطلبة فى معاهد التعليم . وتبين اللائحة التنفيذية الشروط الأخرى التى يلزم توافرها فى أعضاء مجلس إدارة بعض الجمعيات لرفع مستوى الإدارة فيها بحسب الغرض الذى أنشئت من أجله (م٥١) .

ويتولى مجلس الإدارة إدارة شئون الجمعية ، وله فى سبيل ذلك القيام بأى عمل من الأعمال عدا تلك التى ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة الجمعية العمومية عليها قبل إجرائها . ويكون انعقاده مرة على الأقل كل شهر للنظر فى شئون الجمعية . وكل عضو يتخلف عن حضور أكثر من نصف عدد جلسات المجلس خلال العام يعتبر مستقيلا من المجلس (م ٥٢) .

وللجهة الإدارية المختصة طلب عقد مجلس الإدارة إذا دعت الضرورة إلى ذلك. وتحدد هذه الجهة بخطاب موصى عليه الموضوعات التى ترى عرضها على المجلس. ويجب على المجلس أن ينظر فى هذه المسائل فى الموعد الذى تحدده تلك الجهة أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ إبلاغه (م ٥٣) .

ويجوز لمجلس الإدارة ، بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة ، أن يعين مديراً من أعضائه أو من غير أعضائه يفوضه فى التصرف فى أى شأن من الشئون الداخلة فى اختصاصه (م ٥٦) .

٣٧٣ — حدود نشاط الجمعية :

رأينا أن مبدأ التخصص يحد من أهلية الوجوب لدى الجمعية . وتبعاً لذلك فإن هذا المبدأ يحد كذلك من نشاط الجمعية ، حيث ينحصر هذا النشاط فى الحدود التى يقتضيها غرض الجمعية . وتطبيقا لذلك رأينا أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولها أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها » (م ١٩) . كما رأينا أنه « لا يجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية » (م ٢٠)(١) .

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من نشاط الجمعية كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، وضع الشارع قيوداً خاصة على نشاط الجمعية(٢) .

---

(١) انظر ما فصلناه فى هذا الصدد فيما تقدم فقرة ٣٧١ .

(٢) وقد نصت المادة ٢١ على أن تتمتع الجمعيات المشهرة بالمزايا الآتية :

(ا) تعفى من رسوم التسجيل التى يقع عبء أدائها عليها فى عقود الملكية والرهن والعقود الخاصة بالحقوق العينية الأخرى . وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

—

فن هذه القيود مايتعلق بنوع النشاط الذى تباشره الجمعية نذكرها فيما يلى :

١ — لايجوز للجمعية أن تعمل فى أكثر من ميدان واحد من الميادين التى تحددها اللائحة التنفيذية إلا بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية المختصة (م ٤) . وذلك كى تتخصص الجمعية فى القيام بنوع واحد من الخدمات تستطيع أن تؤديه على الوجه الأكمل .

٢ — لايجوز للجمعية بغير موافقة الجهة الإدارية المختصة أن تباشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التى بها مقرها الرئيسى إلا عن طريق فروع تنشأ وتشهر طبقا لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة . ولا يجوز للفرع تعديل نظامه إلا بموافقة الجمعية الأصلية (م ٢٦)(١) .

٣ — يحظر على الجمعيات السماح بلعب القمار أو تقديم مشروبات روحية . وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالأندية (م ٢٤) .

٤ — لايجوز الترخيص بجمع التبرعات من الجمهور أو إقامة الحفلات والأسواق الخيرية أو إقامة المباريات الرياضية أو غيرذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية إلا للجمعيات والاتحادات المشهرة وفى الأحوال وبالأوضاع وبالشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية . ويجوز للجهة الإدارية المختصة أن تضيف شروطا أخرى بالنسبة إلى كل حالة على حدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (م ٢٥) .

٥ — لايجوز للجمعية أن تخصص مكانا لإيواء الأحداث أو المسنين أو الناقهين أو غيرهم من المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من

= (ب) تعفى من رسوم الدمغة المفروضة حاليا والتى تفرض مستقبلا على جميع العقود والمحررات والأوراق والمطبوعات والسجلات وغيرها .

(ج) تعفى من الرسوم الجمركية المفروضة على ماتستورده من معدات وأدوات لازمة لنشاطها ، على أن يصدر بتحديد هذه المعدات قرار من الجهة الإدارية المختصة ، ويحظر على الجمعية التصرف فى هذه المعدات والآلات لمدة خمس سنوات مالم تدفع عنها الرسوم الجمركية المستحقة .

(هـ) تمنح تخفيضا قدره ٢٥٪ من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

(١) كان القانون السابق لايلزم الجمعية فى مثل هذه الحالة بإنشاء فروع وشهرها ، بل كان يترك للجمعية حرية إنشاء فروع لها كما كان يجعل شهرها جوازيا .

الجهة الإدارية المختصة . وتتضمن اللائحة التنفيذية شروط الترخيص وإجراءاته بحيث تكفل رفع مستوى الإدارة وضمان الرعاية الاجتماعية والصحية والنفسية والتعليمية للنزلاء (م ٦٧) . ويجوز للجهة الإدارية سحب الترخيص إذا وقعت مخالفة لشروطه (م٦٨) :

٦ — للجهة الإدارية المختصة أن تقرر إدماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد إدارتها أو تعديل أغراضها تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التي تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التي تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله(١) : وتراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ماتؤديه من خدمات : ويصدر بالإدماج قرار مسبب يبين كيفية الادماج ويبلغ إلى ذوى الشأن فور صدوره (م ٢٩ / ١و٢و٣)(٢) .

ومن هذه القيود مايتعلق بالرقابة على مايكون للجمعية من صلات خارجية: حيث لايجوز لأية جمعية أن تنتسب أو تشترك أو تنضم إلى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل إبلاغ الجهة الإدارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الإبلاغ دون اعتراض منها . كما لايجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من شخص أجنبي أو جهة أجنبية ولا أن ترسل شيئا من ذلك إلى أشخاص أو منظمات فى الخارج إلا بإذن من الجهة الادارية المختصة ، وذلك فيما عدا المبالغ الخاصة بثمن الكتب والنشرات والسجلات العلمية والفنية (م ٢٣) .

ومن هذه القيود كذلك أنه لايجوز لأعضاء النقابات المهنية أو المنظمات النقابية العمالية ولا لمن لهم الحق فى عضويتها إنشاء جمعية أو رابطة لممارسة نشاط تختص أو تقوم

---

(١) كانت سلطة الادارة فى الادماج قاصرة فى القانون السابق على الجمعيات ذات الصفة العامة . وكان من شأن ذلك أن يغل يد الادارة ويحول بينها وبين القيام بأى تنسيق جدى لخدمات الرعاية الاجتماعية. ولذلك رؤى إعطاء تلك السلطة لجهة الادارة بالنسبة الى الجمعيات كلها بدون استثناء (المذكرة الايضاحية).

(٢) وعلى ممثل الجمعية المندمجة أن يبادروا بتسليم جميع الأموال والمستندات الخاصة بها إلى الجمعية المندمج فيها . ولا تسأل الجمعية عن التزامات الجمعيات المندمجة فيها إلا فى حدود ما آل إليها من أموال تلك الجمعيات وحقوقها من تاريخ الادماج (م ٢٩ / ٤ و ٥) . ويحظر على مجلس إدارة الجمعية المندمجة ، وكذلك على موظفيها ، التصرف فى أى شأن من شئون الجمعية بمجرد إبلاغهم قرار الادماج (م ٣٠ / ١) .

به تلك النقابات أو المنظمات (م ١٣) . والحكمة من ذلك أن للنشاط النقابي ميـــدانه الخاص وقوانينه المستقلة(١) .

٣٧٤ - الرقابة على نشاط الجمعية :

كان نشاط الجمعية في ظل قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة السابق خاضعاً لرقابة قضائية ورقابة إدارية . ولكن الشارع في القانون الحالي وسع من رقابة الادارة على نشاط الجمعية ، وخولها فضلا عن ذلك ما كان للقضاء من رقابة على هذا النشاط ، كما نزع من يد القضاء سلطة الحكم بإغلاق مقر الجمعية وجعل هـذه السلطة للإدارة كإجراء مؤقت . وبذلك أصبح عمل القضاء في هــذا الخصوص قاصراً على الحكم بالعقوبات المقررة على الأشخاص الذين يرتكبون المخالفات المنصوص عليها ، وكذلك الحكم بالتعويض على مدير الجمعية وأعضاء مجلس الإدارة .

ومن ثم نتكلم في الرقابة الإدارية ، ثم في الجزاءات :

(١) الرقابة الادارية : خول الشارع الجهة الادارية المختصة سلطة واسعة في الرقابة على نشاط الجمعية . وقد نصت المادة ٢٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على القاعدة في هـذا الصدد فقالت : « تخضع الجمعيات لرقابة الجهة الادارية المختصة . وتتناول هذه الرقابة فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية . ويتولى هذه الرقابة مفتشون تعينهم الجهة المختصة » .

ولكفالة تحقيق هذه الرقابة أوجب الشارع اتخاذ إجراءات معينة ، وخول الجهة الادارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات .

فهناك إجراءات يجب على الجمعيــة أن تتخذها فيما يتعلق بوثائقها ، وحساباتها المالية ، وأموالها النقدية :

١ — حيث يجب على الجمعية أن تحتفظ في مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها : ويصدر ببيان هذه السجلات وكيفية إمساكها والبيانات التي

(١) المذكرة الايضاحية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

تحتوى عليها قرار من الجهة الادارية المختصة . ويجب ختم هذه السجلات من الجهة الادارية المختصة قبل استعمالها . ولكل من الأعضاء والجهة الإدارية المختصة والاتحاد المختص حق الاطلاع على هذه السجلات والوثائق والدفاتر . ويجوز للأعضاء أن يطلبوا من هذه الجهة الإدارية تمكينهم من الاطلاع على هذه السجلات والوثائق والدفاتر إذا تعذر عليهم ذلك ، على أن يتقدم بهذا الطلب عدد لايقل عن عشر عدد الأعضاء أو عشرين عضواً أيهما أقل طبقا للنظام الذى تبينه اللائحة التنفيذية . ويجب إخطار كل من الجهة الادارية المختصة والاتحاد المختص بحركة العضوية فى المواعيد وبالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦) . ويجب أن يذكر اسم الجمعية وعنوان مقرها ورقم شهرها ونطاق عملها الجغرافى فى جميع دفاترها وسجلاتها ومطبوعاتها (م ٢٢) .

٢ — ويجب أن تكون للجمعية ميزانية سنوية . وإذا جاوزت مصروفاتها أو إيراداتها ألف جنيه وجب على مجلس الادارة عرض الحساب الختامى على أحد المحاسبين المقيدين بالجدول مشفوعا بالمستندات المؤيدة له لفحصه وتقديم تقرير عنه قبل انعقاد الجمعية العمومية فى اجتماعها السنوى بشهر على الأقل . ويجب إرفاق صورة من الحساب الختامى والميزانية العمومية وتقارير مراقب الحسابات ومجلس الادارة بخطابات الدعوة الموجهة إلى الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية ، كما يجب عرض هذه الأوراق فى مكان ظاهر بمقر الجمعية قبل انعقاد الجمعية العمومية بثمانية أيام على الأقل ، وتظل كذلك حتى يتم التصديق عليها (م ١٧) .

٣ — وعلى الجمعية أن تودع أموالها النقدية باسمها الذى اشتهرت به لدى مصرف أو صندوق التوفير . وعليها أن تخطر الجهة الإدارية المختصة عند تغيير جهة الإيداع خلال أسبوع من تاريخ حصوله . ولا يجوز لها أن تحتفظ برصيد نقدى يزيد على ثلاثة أمثال المصروفات السنوية للإدارة إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص . كما لايجوز لها أن تحتفظ برصيد نقدى خارج المصرف أو صندوق التوفير يزيد على مصروفات شهر واحد (م ١٨) :

وهناك إجراءات تتعلق بأعمال الجمعية العمومية :

١ — فللجهة الإدارية المختصة أن تدعو الجمعية العمومية إذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، كما يجوزلها ذلك إذا لم يستجب مجلس الإدارة إلى الطلب المقدم له فى هذا الشأن من الأعضاء الذين يحق لهم طلب عقد الجمعية العمومية (م٣٦) . وهذا إجراء مستحدث .

٢ — ويجب إبلاغ كل من الجهة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبصورة من خطاب الدعوة والمسائل الواردة فى جدول الأعمال والأوراق المرفقة به . ولكل منهما أن ينتدب من يحضر الاجتماع (م ٣٩) .

٣ — كما يجب إبلاغ كل من الجهة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٤٤) .

كما أن هناك إجراءات تتعلق بأعمال مجلس الإدارة ، وهى كلها إجراءات مستحدثة :

١ — حيث يجب إبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأسماء المرشحين لعضوية مجلس الإدارة فى الجمعيات ذات الصفة العامة وجمعيات الرعاية الاجتماعية ، وذلك قبل اختيار أعضاء المجلس بثلاثين يوما على الأقل . ولهذه الجهة أن تستبعد من ترى استبعاده من المرشحين ، وإذا لم تبلغ اعتراضها إلى الجمعية قبل الموعد المحدد للانتخاب بسبعة أيام اعتبر ذلك موافقة منها على الترشيح . كما يجوزلها أن تندب من يحضر الانتخاب للتحقق من أنه يجرى طبقاً لنظام الجمعية . ولها إلغاء الانتخاب بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من إبلاغها بمحضر الاجتماع إذا تبين لها أنه وقع مخالفا لذلك النظام أو القانون (م ٥٥) . ويعتبر قرار الجهة الإدارية فى هذه الحالة بإلغاء الانتخاب قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة(١) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية .

٢ — ولوزير الشئون الاجتماعية أن يعين ممثلا للوزارة وممثلا لكل هيئة من الهيئات الإدارية المعنية ، أعضاء فى مجلس الإدارة بحيث لا يزيد عددهم عن نصف مجموع أعضاء المجلس . ولا تسرى على هؤلاء الأعضاء أحكام العضوية فيما يتعلق بالحد الأقصى لعدد أعضاء المجلس أو مدة العضوية (م ٤٨) .

٣ — وللجهة الإدارية المختصة طلب عقد مجلس الإدارة إذا دعت الضرورة إلى ذلك . وتحدد هذه الجهة بخطاب موصى عليه الموضوعات التى ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس أن ينظر فى هذه المسائل فى الموعد الذى تحدده هذه الجهة أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ إبلاغه (م ٥٣) .

٤ — ويجب إبلاغ كل من الجهة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بصورة من محاضر اجتماع مجلس الإدارة وما اتخذ فيه من قرارات خلال أسبوع من تاريخ الانعقاد (م ٥٤) .

وبالإضافة إلى هـــذه الإجراءات المختلفة التى تستطيع الجهة الإدارية المختصة بواسطتها أن توجه نشاط الجمعية الوجهة السليمة ، خول الشارع هــذه الجهة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات :

١ — فلوزير الشئون الاجتماعية أن يعين بقرار مسبب ولمدة محددة مديراً أو مجلس إدارة مؤقت للجمعية يتولى الاختصاصات المخولة فى نظامها لمجلس إدارتها ، وذلك إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفى لانعقاده انعقاداً صحيحا ، أو إذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الإدارية المختصة . كما يجوز له هذا التعيين إذا ارتكبت الجمعية من المخالفات مايستوجب هذا الإجراء ولم تر الجهة الإدارية حلها(١) . ويكون ذلك بعد إنذار الجمعية بإزالة أسباب المخالفة وانقضاء خمسة

---

(١) وفى هذه الحالة للجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص أن تقرر حرمان من تثبت مسئوليتهم من أعضاء مجلس الإدارة القديم عن وقوع المخالفات التى دعت إلى تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت من ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس الادارة الجديد لمدة أقصاها أربع سنوات (م ٣٢) .

عشر يوما من تاريخ الانذار دون إزالتها(١) . وللوزير أن يمد المدة المحـــددة بالقرار المدير أو المجلس المؤقت إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على ألا تزيد في جميع الأحوال عن ثلاث سنوات ، وينشر القرار الصادر فى هذا الشأن فى الوقائع المصرية (م ٢٨)(٢)

وعلى المدير أو مجلس الإدارة المؤقت أن يدعو الجمعية العمومية إلى اجتماع يعقد قبل انتهاء المدة التى يحددها قرار تعيينه بشهر على الأقل وأن يعرض عليها تقريراً مفصلا عن حالة الجمعية . وتنتخب الجمعية العمومية مجلس الإدارة الجديد فى الجلسة ذاتها بعد اتخاذ الإجراءات الخاصة بترشيح أعضاء المجلس وفقاً للأحكام المقررة فى هـــذا الشأن . وتكون قرارات المدير أو المجلس المؤقت خلال المدة المعينة فى قرار تعيينه أو تشكيله ملزمة للجمعية فى الحدود المبينة بهذا القرار أو المقررة فى نظامها (م ٣١) .

٢ – وللجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية يكون مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب . وللجمعية ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الإدارى . وعلى المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٣٣) .

ويعتبر هذا الحل من أهم الأحكام التى استحدثها الشارع فى القانون الحالى . فقد كان القانون السابق يخول القضاء السلطة فى هذا الشأن ، حيث كان يجعل إبطال مثل

---

(١) كانت سلطة الادارة فى تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت قاصرة فى القانون السابق على الجمعيات ذات الصفة العامة . وكان من شأن ذلك أن يجعل الادارة عاجزة عن اتخاذ إجراء سريع حاسم فى الحالات التى ينحرف فيها مجلس الادارة أو يرتكب مخالفات جسيمة . ولذلك رؤى إعطاء تلك السلطة لجهة الادارة بالنسبة إلى الجمعيات كلها بدون استثناء (المذكرة الإيضاحية) .

(٢) ويحظر على مجلس إدارة الجمعية التى صدر قرار بتعيين مجلس مؤقت أو مدير لها ، وكذلك على موظفيها ، التصرف فى أى شأن من شئون الجمعية بمجرد إبلاغهم قرار تعيين المدير أو المجلس المؤقت . وعلى أعضاء مجلس إدارة الجمعية أو القائمين بالعمل فيها أن يبادروا إلى تسليم المدير أو المجلس المؤقت بمجرد تشكيله جميع أموال الجمعية وسجلاتها ودفاترها ومستنداتها ، وعلى جميع الموظفين والمسئولين فى الجمعية أن يحافظوا على أوراقها ومستنداتها وأموالها حتى يتم تسليمها إلى المدير أو المجلس المؤقت . ولا يخل قيام هؤلاء بتسليم أموال الجمعية بما يكون قد ترتب فى ذمتهم من مسئولية (م ٣٠) .

هذا القرار بحكم من المحكمة . وإذا وقفت الجهة الادارية العمل بهذا القرار فى حالة الاستعجال ، فكان يعتبر قرار الوقف كأن لم يكن إذا لم ترفع دعوى البطلان خلال مدة معينة . أما فى القانون الحالى فلم تعد هذه السلطة للقضاء ؛ حيث أصبحت جهة الادارة هى صاحبة الحق فى وقف تنفيذ أى قرار من هذا القبيل ؛ ويعتبر قرارها فى هذا الشأن قراراً إداريا يجوز الطعن فيه بالالغاء أمام محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة .

(٢) الجزاءات : فرض الشارع عقوبات جنائيـة يحكم بها القضاء على من يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٩٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة(١) ، أو يرتكب مخالفة أخرى غير ذلك(٢) :

---

(١) تنص هذه المادة على أنه « يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١ — كل من حرر أو قدم أو أمسك محررا أو سجلا مما يلزمه القانون بتقديمه أو إمساكه يشتمل على بيانات كاذبة مع علمه بذلك ، وكل من تعمد إعطاء بيان مما ذكر لجهة غير مختصة أو تعمد إخفاء بيان يلزمه القانون إثباته .

٢ — كل من باشر نشاطا للجمعية أو المؤسسة قبل شهرها طبقا لأحكام هذا القانون .

٣ — كل من باشر نشاطا للجمعية أو المؤسسة يجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لايحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها فى مضاربات مالية .

٤ — كل من سمح لغير أعضاء الجمعية المقيدةأسماؤهم فى سجلاتهابالاشتراك فى إدارتها أو فى مداولات الجمعية العمومية .

٥ — كل من اشترك فى مواصلة نشاط جمعية أو مؤسسة منحلة أو تصرف فى أموالها على أى وجه بعد نشر قرار الحل . ويعتبر العلم ثابتا فى حق الكافة بمجرد نشر القرار فى الوقائع المصرية .

٦ — كل مصف وزع على الأعضاء أوغيرهم موجودات الجمعية أو المؤسسة على خلاف مايقضى به هذا القانون أو القرار الصادر بالحل .

٧ — كل من جمع تبرعات على خلاف أحكام هذا القانون ويجوز الحكم بمصادرة ما جمع منهالحساب الجهة الإدارية المختصة لإنفاقه فى وجوه البر .

٨ — كل من امتنع من أعضاء مجلس الإدارة والمدير والموظفين عن المبادرة إلى تسليم الأموال والمستندات والدفاتر المتعلقة بالجمعية المندمجة للمسئولين بالجمعية الدامجة فى حالة إدماج جمعية أو أكثر =

ويعاقب أعضاء مجلس الادارة ومدير الجمعية معيناً كان أو منتخبا أو منتدبا بهذه العقوبات ذاتها إذا وقعت الجرائم أو المخالفات المذكورة بسبب إهمالهم أو تقصيرهم فى أداء واجبات وظيفتهم (م ٩٤) . كما يسأل هؤلاء فى أموالهم الخاصة عن تعويض كافة الأضرار المادية التى تلحق بالجمعية نتيجة إخلالهم بالقيام بواجبات الرجل الحريص أثناء إدارتهم للجمعية (م ٩٥) .

وللجهة الادارية المختصة أن تقوم بإغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد . وذلك كإجراء مؤقت حتى يفصل فى أمرها سواء بتعيين مجلس إدارة مؤقت أو بالادماج أو الحل (م ٩٦) .

ولا يخل تطبيق هذه الأحكام بتوقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر (م ٩٧/ ١)(١) .

٣٧٥ – انقضاء الجمعية :

تنقضى الجمعية بالأسباب العامة التى ينتهى بها الشخص الاعتبارى(٢) ، كانقضاء الأجل المحدد لها ، أو تحقيق الغرض الذى قامت من أجله ، أو استحالة تحقيق هذا الغرض ، أو موت جميع أعضائها ، أو نقصان عددهم إلى أقل من الحد الأدنى الذى يتطلبه القانون(٣) ، أو الحل .

ويجوز لكل عضو ، مالم يكن قد تعهد فى البقاء فى الجمعية لمدة معينة ، أن ينسحب منها فى أى وقت . كما يجوز فصل أحد الأعضاء من الجمعية وفقاً للإجراءات المبينة

= وكل من امتنع عن المبادرة إلى تسليم هذه الأموال والمستندات للمدير أو مجلس الادارة المؤقت فى حالة تعيينه » .

(٢) تنص هذه المادة على أن« كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات الصادرة فى شأنه يعاقب مرتكبها بغرامة لاتتجاوز عشرين جنيها » .

(١) ويكون للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشئون الاجتماعية صفة مأمورى الضبطية القضائية بالنسبة إلى الجرائم المشار إليها (م ٩٧ / ٢) .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٢ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ٣٦٨ .

فى نظامها ، أو إسقاط عضويته حينما يقوم به سبب يدعو إلى ذلك (م ٦) : ولا يؤثر انسحاب العضو أو فصله أو إسقاط عضويته على وجود الجمعية .

ويعنينا أن نتناول فى هـذا المقام انقضاء الجمعية بالحل . فهذا الحل قد يكون اختياريا أو إجباريا .

ويقع الحل الاختيارى للجمعية بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى أعضائها ، مالم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك (م ٤٢ / ٢) :

ويكون الحل الاجبارى بقرار يصدر من الجهة الإدارية ، وهى وزير الشئون الاجتماعية . فقد نصت المادة ٥٧ على أنه « يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص فى الأحوال الآتية(١) : (١) إذا ثبت عجزها عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها . (٢) إذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها . (٣) إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين . (٤) إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو إذا خالفت النظام العام أو الآداب : — ويبلغ قرار الحل للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول . — وللجمعية ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى . وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات »(٢) :

ويعتبر هـذا الحكم من أهم ماستحدثه الشارع فى القانون الحالى . فقد كان الحل الإجبارى فى القانون السابق يتم بحكم من المحكمة الابتدائية بناء على طلب أحد الأعضاء أو شخص ذى مصلحة أو النيابة العامة . أما فى القانون الحالى فقد أصبح هذا الحل من اختصاص الوزير بقرار مسبب فى الحالات المذكورة . ويعتبر قراره فى هذا الشأن قراراً

---

(١) ويحظر على من تثبت مسئوليتهم من أعضاء مجلس الادارة عن وقوع المخالفات التى دعت إلى حل الجمعية ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس إدارة أية جمعية أخرى لمدة خمس سنوات من تاريخ صدور قرار الحل (م ٦٢) .

(٢) ويحظر على أعضاء الجمعية التى صدر قرار بحلها ، كما يحظر على القائمين بإدارتها وعلى موظفيها ، مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها . ويحظر على كل شخص أن يشترك فى نشاط الجمعية بعد نشر قرار حلها فى الوقائع المصرية (م ٥٨) .

إدارياً يجوز الطعن فيه بالالغاء أمام محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة . وبمقتضى النص المذكور يكون هذا الطعن بغير رسوم ، ويتعين على المحكمة أن تفصل فيه على وجه الاستعجال .

٣٧٦ – تصفية الجمعية :

متى تقرر حل الجمعية ، سواء كان الحل اختيارياً أو إجبارياً ، وجبت تصفية أموالها لسداد ديونها وتحديد مصير مايتبقى من هذه الأموال . ولذلك يعين لها مصف لمدة وبأجر محددين . ويقوم بهذا التعيين والتحديد الجهة التى أصدرت قرار الحل ، أى الجمعية العمومية إذا كان الحل اختيارياً ، أو الجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص إذا كان الحل إجبارياً (م ٥٩) .

ويجب على القائمين على إدارة الجمعية المبادرة بتسليم المصفى جميع المستندات والسجلات الخاصة بالجمعية عند طلبها ، ويمتنع عليهم وعلى الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئون الجمعية أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى (م ٥٩) : حيث تبقى الشخصية الاعتبارية للجمعية بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تتم هذه التصفية ، وذلك وفقا لما ذكرناه بالنسبة إلى الشخص الاعتبارى بصفة عامة وقياسا على ماهو مقرر فى شأن الشركات(١) ، فيكون المصفى ممثلا للجمعية فى تلك الحدود(٢) .

وبعد تمام التصفية يقوم المصفى بتوزيع الأموال الباقية وفقاً للأحكام المقررة فى نظام الجمعية (م ٦٠ /١) . على أن الشارع فى هذا النطاق يحدد بقواعد آمرة مايصح أن يتضمنه نظام الجمعية فى شأن تحديد الجهة التى تؤول إليها أموالها عند الحل . حيث لايجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل إلى جهة معينة إلا أن

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٢ .

(٢) وتختص المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مركز الجمعية دون غيرها بالفصل فى كل دعوى مدنية ترفع من المصفى أو عليه (م ٦١) .

تكون هذه الجهة هي الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان الجمعية (م ٥ /١) : ويجوز أن تؤول هـــذه الأموال إلى جمعيات أو مؤسسات أو اتحادات تعمل في ميدان آخر بعد موافقة الجهة الادارية المختصة وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص (م ٥ /٢) . ولا يسرى هذا الحكم على المال الذى يخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (م ٥ /٣) : والعلة فى هذا الاستثناء أن هذه الأموال قد خصصت للتوزيع على الأعضاء أنفسهم . وقد أحالت المادة ٦ على هذا الاستثناء فى قولها إنه « لايكون للعضو المنسحب ولا للعضو المفصول أو العضـو الذى سقطت عضويته حق فى أموال الجمعية إلا فى الحالات المنصوص عليها فى هذا القانون » : إذ المقصود بهـــذه الحالات أن يكون هناك مال مخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات . ومن ثم فلا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل إلى الأعضاء أو إلى ورثتهم(١) ، إنما يجوز مثل هذا النص بالنسبة إلى الأموال المخصصة لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات(٢) .

وإذا لم يوجد فى نظام الجمعية نص يبين مصير أموالها عند حلها ، أو وجد مثل هذا النص ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة(٣) ، وجب على الجهة الإدارية بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة إلى الهيئات الاجتماعية التى تراها (م ٦٠ / ٢) :

٣٧٧ – الجمعيات ذات الصفة العامة :

نصت المادة ٦٣ على أنه « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من

---

(١) والعلة فى هذا التحريم أن الجمعية لاتوجد بقصد الربح ، كما أن أموالها تتجمع فى الغالب من حصيلة التبرعات والإعانات وبعض الرسوم ، فلا يصح أن تـكون مصدرا لإثراء الأعضاء .

(٢) كانت المادة ٤ من القانون السابق تنص على هذا الحكم .

(٣) كما لو نص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها إلى جمعية أخرى معينة ، وكانت هذه الأخيرة قد انقضت قبل انقضاء الأولى .

رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » : فإذا كانت الجمعية ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة فإنها تعتبر جمعية ذات صفة عامة إذا صدر قرار من رئيس الجمهورية بمنحها هذه الصفة . ولا يترتب على منح الصفة العامة أن تصبح الجمعية من أشخاص القانون العام ، بل تظل خاضعة لأحكام القانون الخاص مع تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة . وإذا سحبت الصفة العامة من الجمعية فلا يترتب على ذلك انتهاء شخصيتها ، بل تصبح جمعية عادية لاتتمتع بالامتيازات التى تثبت للجمعيات ذات الصفة العامة .

ويترتب على منح الصفة العامة للجمعية مايأتى :

١ — تثبت للجمعية بعض امتيازات السلطة العامة : ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ماتتمتع به الجمعية من هذه الامتيازات ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بالحيازة أو بالتقادم ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية (م ٦٤) ؛

٢ — تستثنى الجمعية من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات (م ٦٥) ؛

٣ — يجوز لوزير الشئون الاجتماعية أن يعهد إلى الجمعية بإدارة المؤسسات التابعة للوزارة أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها (م ٦٦)(١) .

٣٧٨ — الاتحادات :

عنى الشارع فى القانون الحالى بتنظيم مستحدث للاتحادات التى تقوم بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة . حيث جعل هذه الاتحادات على نوعين : اتحادات نوعية تعمل

(١) كان القانون السابق يجعل سلطات الإدارة فى الرقابة الشاملة ، وتعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت ، وإدماج أكثر من جمعية ، وإنشاء اتحاد ينسق نشاط الجمعيات ، قاصرة على الجمعيات ذات الصفة العامة . ولكن فى القانون الحالى أصبحت هذه السلطات ثابتة للإدارة بالنسبة إلى الجمعيات كلها بدون استثناء كما فصلنا فيما تقدم .

وكانت سلطة الإدارة فى استبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة قاصرة فى القانون السابق على الجمعيات ذات الصفة العامة . ولكنها فى القانون الحالى تثبت للإدارة بالنسبة إلى الجمعيات ذات الصفة العامة وجمعيات الرعاية الاجتماعية ، كما رأينا فيما تقدم .

على مستوى الجمهورية ، وهذه يكون اختصاصها نوعيا ، بمعنى أنه يتحدد بحسب نوع النشاط ، أى بحسب نوع الخدمة أو الرعاية التى تقوم بها الجمعيات أو المؤسسات التى يضمها الاتحاد . واتحادات إقليمية تعمل على مستوى المحافظة ، وهذه يكون اختصاصها شاملا لكل أنواع الخدمات والرعاية التى تقوم بها الجمعيات والمؤسسات المختلفة فى نطاق المحافظة .

وللجهة الإدارية المختصة أن تنشىء اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة تكون لها الشخصية الاعتبارية بحكم القانون بمجرد إنشائها . وتتألف الجمعية العمومية للاتحاد من ممثلى هذه الجمعيات والمؤسسات . ويتألف مجلس إدارة الاتحاد من ممثلين لهذه الجمعيات والمؤسسات وممثلين للجهة الإدارية المختصة وغيرهم من المهتمين بالمسائل الاجتماعية . وتبين اللائحة التنفيذية عدد أعضاء مجلس الإدارة وطريقة اختيارهم ، كما تبين قواعد تنظيم العمل فى الاتحادات وتمويلها (م ٨٣) .

ومقتضى ماذكرناه فى بيان المقصود من هذين النوعين من الاتحادات ومجال العمل لكل منهما أنه لايجوز إنشاء أكثر من اتحاد نوعى فى ميدان الخدمة والرعاية الواحدة ، ولا أكثر من اتحاد إقليمى فى المحافظة (م ٨٤) .

وبالإضافة إلى ذلك ، فقد نص الشارع على أن ينشأ اتحاد عام للجمعيات والمؤسسات الخاصة تكون له الشخصية الاعتبارية بحكم القانون ، ويشكل مجلس إدارته بقرار من رئيس الجمهورية . ويضم هذا المجلس ممثلين للاتحادات النوعية والإقليمية والاتحاد الاشتراكى العربى والجهات الادارية المختصة وعددا من المهتمين بالمسائل الاجتماعية ، وتكون رئاسته لوزير الشئون الاجتماعية (م ٨٥) (١) .

ويتحدد اختصاص كل اتحاد بحسب المجال الذى يعمل فيه . فالاتحاد العام يعنى أساسا بوضع الخطة العامة لميادين الخدمات الاجتماعية والتمويل وسياسة التدريب وإعداد العاملين (م ٨٦) . والاتحاد النوعى يقوم بتخطيط الرعاية الاجتماعية فى ميدان العمل

---

(١) ويصدر بالنظام الداخلى للإتحاد العام قرار من وزير الشئون الاجتماعية . وينص هذا النظام على كيفية إدارة الاتحاد وتنظيم أعماله (م ٨٥) .

المتصل بأغراضه وما يتصل بذلك من إجراء البحوث وتحديد مستويات الخدمة وتنسيق الجهود ووضع برامج الإعداد الفنى والإدارى وتقويم جهود الأعضاء وتقديم المعونة الفنية (م ٨٧) . والاتحاد الإقليمى يتولى تنفيذ السياسة العامة التى يضعها الاتحاد العام وما يقتضيه ذلك من الاطلاع على الحساب الختامى والميزانية الخاصة بالجمعيات والمؤسسات الأعضاء وعمل البحوث وتنسيق الجهود ودراسة احتياجات البيئة وتقويم الخدمات التى تؤدى وتنظيم برامج الإعداد والتدريب ودراســة مشاكل التمويل (م ٨٨) (١) .

٣٧٩ — صندوق الإعانة :

قدر الشارع أن الخدمات الاجتماعية تحتاج إلى مال يكفل لها أن تؤدى وأن تؤتى ثمرتها ؛ كما لاحظ أن الاعتمادات المالية التى كانت مخصصة للجمعيات والمؤسسات الاجتماعية لاتكفى لمساعدتها على مسايرة التطور المحسوس الذى حققته الثورة فى مختلف الميادين . فكان لابد والحالة هذه من إعادة النظر فى أساليب تمويل تلك الهيئات بما يكفل لها الثبات والاستمرار فى أداء رسالتها التى هى فى حقيقتها امتداد لرسالة الدولة فى خدمة المجتمع (٢) ؛

ولذلك نص الشارع على أن ينشأ بوزارة الشئون الاجتماعية صندوق لإعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات (م ٨٩) ؛ وتتكون موارده من حصيلة الرسوم الاضافية المفروضة لصالح الأعمال الخيرية، ومن المبالغ المدرجة بالميزانية العامة للدولة لإعانة هذه الهيئات ، ومن حصيلة ضريبة المراهنات ، ومن حصة وزارة الشئون الاجتماعية فى القيمة الاسمية لأوراق النصيب ، ومن حصيلة التبرعات والإعانات التى تقررها المؤسسات العامة والشركات لهذه الهيئات (م ٩٠) . ويديره مجلس إدارة يشكل بقرار من وزير الشئون الاجتماعية ، وتكون له رياسته ، ويختص برسم سياسة التصرف فى أمواله (م ٩١) ؛

---

(١) كان تكوين الاتحادات فى القانون السابق متروكا للجمعيات . وكان الاتحاد الذى تكونه الجمعيات فيما بينها لايكسب الشخصية الاعتبارية إلا اذا شهر نظامه كما هى الحال بالنسبة إلى الجمعيات .

(٢) المذكرة الإيضاحية .

ثانيا : مجموعات الأموال

٣٨٠ – الأوقاف والمؤسسات الخاصة :

تثبت الشخصية الاعتبارية لهذين النوعين من مجموعات الأموال بمقتضى الاعتراف العام كما قدمنا .

والوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية . وقد كان إلى عهد قريب هو الصورة الوحيدة المعروفة فى مصر لهذا النوع من الأشخاص الاعتبارية . ولكن قواعده تجعله يقصر عن تحقيق الأغراض والمزايا التى ترجى من وراء المؤسسة بمعناها المعروف فى الشرائع الحديثة . ولذلك نظم الشارع أحكام المؤسسات الخاصة إلى جانب الأوقاف .

وأحكام الأوقاف يتضمن بعضها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف والقوانين المعدلة له ، حيث قنن الشارع بعض القواعد الخاصة بالوقف . وفيما عدا هذا البعض من القواعد تسرى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للراجح من مذهب أبى حنيفة .

أما المؤسسات الخاصة(١) . فقد رأينا أن تنظيمها قد مر بذات المراحل التى مر بها تنظيم الجمعيات حتى أصبحت الآن خاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

ونتناول هذين النوعين فيما يلى :

(١) الأوقاف

٣٨١ – التعريف بالوقف وشخصيته الاعتبارية :

الوقف ، كما يعرفه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، هو حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بريعها

---

(١) تبين لنا مما تقدم أن وصف هذه المؤسسات بأنها خاصة إنما أريد به التمييز بينها وبين المؤسسات العامة التى تعتبر من أشخاص القانون العام . انظر فيما تقدم فقرة ٣٦١ .

على جهة من جهات الخير فى الحال أو فى المآل . وقد اصطلح فى مصر على تسمية الوقف الذى يجرى التصدق بريعه على جهة من جهات الخير فى الحال بالوقف الخيرى . واصطلح على تسمية النوع الآخر بالوقف الأهلى ، وهو الذى يكون الاستحقاق فيه أولا لأشخاص معينين أو قابلين للتعيين كالواقف وذريته » ومن بعدهم لجهة من جهات الخير .

وقد ألغى الوقف على غير الخيرات ، وهو المعروف بالوقف الأهلى ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . وبذلك لم يعد جائزا سوى الوقف الخيرى بالمعنى الذى ذكرناه .

والوقف يقترب من المؤسسة الخاصة باعتباره مثلها مجموعة من الأموال وله غرض من أغراض البر . ولكنه مع ذلك له قواعده الخاصة التى تجعله يختلف عن المؤسسة كما قلنا . ولذلك نصت المادة ٨٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أنه « لا تسرى الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة فى هذا القانون على ما أنشئ منها بطريق الوقف » .

والوقف تصرف انفرادى يتم بإرادة واحدة هى إرادة الواقف (م ٩ من قانون الوقف) . وللواقف أن يرجع فى وقفه كله أو بعضه ، ولكن لايجوز له ذلك فى وقف المسجد ولا فيما وقف عليه (م ١١ من قانون الوقف) .

وتثبت الشخصية الاعتبارية للوقف بمجرد نشوئه . وهو ينشأ إذا صدر به إشهاد ممن يملكه لدى إحدى محاكم الأحوال الشخصية وضبط بدفع المحكمة (المادة الأولى من قانون الوقف) . ويلاحظ أنه إذا كان المال الموقوف عقارا فيجب تسجيل الإشهاد فى سجلات الشهر العقارى وفقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، لأنه بدون ذلك لاتزول ملكية الواقف لما وقفه .

وتنتهى الشخصية الاعتبارية للوقف بانتهائه . وهو ينتهى بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . كما ينتهى بقرار من المحكمة إذا تخربت أعيانه ولم تمكن عمارتها أو الاستبدال بها (م ١٨ من قانون الوقف) .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٨٢ – التعريف بالمؤسسة الخاصة :

المؤسسة الخاصة ، وفقا للمادة ٦٩ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، شخص اعتبارى « ينشأ بتخصيص مال لمدة غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادى » .

ويتضح من هذا التعريف أن المؤسسة الخاصة تتميز بالخصائص الثلاث الآتية :

(١) تقوم المؤسسة على مال يرصد لتحقيق الغرض المقصود . وهى تتفق فى هذا مع الوقف ، ولكنها تختلف عن الشركة وعن الجمعية ، إذ أن كلا من هاتين عبارة عن جماعة من الأشخاص . فسواء كان الذى أنشأ المؤسسة شخصا واحدا أو عدة أشخاص ، فإن من ينشىء المؤسسة لا يكون عضوا فيها ، بل ينتهى دوره بتخصيص المال لتحقيق الغرض المقصود .

(٢) يكون الهدف من المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادى . وبهذا تتميز المؤسسة عن الشركة . وهى تتفق مع الجمعية فى أن غرضها ليس هو الربح المادى ، ولكنهما يختلفان مع ذلك فى أن الغرض من المؤسسة يجب أن يكون عاما ، بينما يصح أن يكون الغرض من الجمعية تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة للأعضاء . كما تقترب من الوقف الخيرى ، وهو الذى يجوز إنشاؤه الآن ، فى أن الهدف منها قد يكون تحقيق غرض من أغراض البر ، ولكنهما يختلفان فى أن الأغراض التى يصح أن يقصد إليها من المؤسسة تجاوز غرض الوقف ، فقد يكون الغرض المقصود من المؤسسة عملا من أعمال النفع العام الذى لا ينطوى على معنى البر .

(٣) تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة ، فلا يجوز توقيتها بأجل معلوم . وهى فى هذا تختلف عن الوقف وعن الجمعية ، إذ يجوز أن يكون كل منهما لمدة معينة .

٣٨٣ — إنشاء المؤسسة :

قد ينشئ المؤسسة شخص واحد ، وقد ينشئها أكثر من شخص ، وهي في الحالين تنشأ بإرادة من ينشئها دون حاجة إلى قبول من جهة أخرى . ويتم هذا الإنشاء بسند رسمي أو بوصية ، بحيث يتضمن أي منهما تخصيص المال للعمل المقصود ، كاقامة مستشفى أو ملجأ . وقد نصت المادة ٧٠ فقرة أولى في هذا الصدد على أنه « يكون تخصيص المال لإنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » . فإذا أريد إنشاء المؤسسة حال حياة منشئها كان ذلك بمقتضى سند رسمي ، أي سند يتولى تحريره موثق طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . وإذا أريد إنشاء المؤسسة بعد وفاة منشئها كان ذلك بموجب وصية ، ولا تشترط الرسمية في هذه الوصية .

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية دستورا للمؤسسة ، ويجب أن يشتمل على البيانات الآتية :

١ — اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية العربية المتحدة .

٢ — الغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه .

٣ — بيان الأموال المخصصة لهذا الغرض .

٤ — نظام إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها .

كما يجب أن يشتمل على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الإدارية المختصة (م ٧٠/٢ و٣) .

ويعتبر إنشاء المؤسسة تصرفا من قبيل التبرعات(١) . ولذلك يجب أن يكون المنشئ

---

(١) نصت المادة ٧١ في هذا الصدد على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائني المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضرارا بحقوقهم جاز لهم مباشرة الدعاوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا » . ويلاحظ على هذا النص أن اعتبار إنشاء المؤسسة بمثابة هبة تعبير غير دقيق ، إذ أن الهبة عقد يتم بين طرفين بإيجاب وقبول ، بينما يتم إنشاء المؤسسة بإرادة المنشئ وحدها دون قبول من جهة أخرى كما قلنا . ولهذا كان الأفضل أن يقال إن إنشاء المؤسسة يعتبر عملا من أعمال التبرع .

أهلا للتبرع أو الإيصاء . وإذا أنشئت المؤسسة بسند رسمى جاز لدائنى المنشئ أن يطعنوا فى التصرف بالدعوة البولصية وفقا للقواعد المقررة للطعن فى التبرعات (م ٢٣٨ / ٢ مدنى) . وإذا كان إنشاء المؤسسة بطريق الوصية فلا تنفذ الوصية فى حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا باجازتهم (م ٣٧ من قانون الوصية) . وكذلك يكون الحكم إذا أنشئت المؤسسة بسند رسمى أثناء مرض الموت ، حيث يعتبر إنشاء المؤسسة فى هذه الحالة تصرفا مضافا إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية (م ٩١٦ مدنى) .

وبمقتضى المادة ٧٢ ، إذا كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها . فالعدول فى هذه الحالة جائز بشرطين : الأول أن يكون هذا العدول بموجب سند رسمى . والثانى أن يقع هذا العدول قبل أن يتم شهر المؤسسة ، فإذا تم الشهر فلا يجوز العدول بعد ذلك . أما إذا كان إنشاء المؤسسة بطريق الوصية فإنه ، وفقا للقواعد المقررة فى شأن الوصية ، تعتبر الوصية تصرفا غير لازم فى حق الموصى ، بمعنى أن الموصى يجوز له أن يصر عليها أو يرجع عنها حال حياته (م ١٨ من قانون الوصية) ، فهى لاتنتج أثرها إلا إذا مات الموصى مصرا عليها .

٣٨٤ – ثبوت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة :

تقضى المادة ٧٣ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بأنه « لاتثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة إلا إذا شهر نظامها طبقا لأحكام هذا القانون » . وهذا هو الحكم ذاته الذى كان ينص عليه القانون السابق الصادر فى سنة ١٩٥٦ فى المادة ٦١ منه . وبذلك فإن إنشاء المؤسسة بتحرير السند الرسمى ، أو بابرام الوصية وموت الموصى مصرا عليها ، لايكفى لثبوت الشخصية لها ، بل يجب فوق ذلك أن يتم شهر نظامها . وفى هذا تتفق المؤسسة مع الجمعية كما سبق أن بينا(١) . وعليه فقبل إجراء الشهر لاتسرى فى حق المؤسسة النتائج القانونية التى تترتب على ثبوت الشخصية .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧٠ .

ويتم شهر المؤسسة بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الإدارية المختصة بالإشراف عليها طبقا للإجراءات المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

على أن الشارع قد خول الإدارة سلطة الاعتراض على إنشاء المؤسسة في الأحوال التي يوجد فيها مبرر يدعو إلى هـذا الإعتراض . فبمقتضى المادة ٧٥ ، يكون للجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص الإعتراض على إنشاء المؤسسات ، وتنظم اللائحة التنفيذية أحوال هذا الاعتراض . وقد كان هذا الحكم مقررا كذلك بمقتضى القانون السابق فى المادة ٦٣ منه . وبموجبه تستطيع الإدارة أن تقدر مدى الحاجة إلى إنشاء المؤسسة على نحو ما رأينا بالنسبة إلى الجمعية . وهو بهذه المثابة يعتبر قيدا غير مباشر على ثبوت الشخصية للمؤسسة الخاصة بمقتضى الاعتراف العام كما ذكرنا فيما تقدم(١) .

٣٨٥ – أهلية وجوب المؤسسة :

يحد من أهلية الوجوب لدى المؤسسة ما يحد منها لدى الشخص الاعتبارى بوجه عام : فلا تثبت لها وعليها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التى تسمح بها طبيعتها . ولا يثبت لها وعليها من الحقوق والالتزمات إلا ما يكون لازما لتحقيق الغرض الذى وجدت من أجله طبقا لمبدإ التخصص .

وفضلا عن هـذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، خص الشارع المؤسسة بقيد لا ينطبق على غيرها من هذه الأشخاص ، حيث نصت المادة ٧٨ على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة » .

ولكن الشارع لم يقيد أهلية وجوب المؤسسة بما تتقيد به أهلية وجوب الجمعية من تملك العقارات أو كسب حقوق أخرى عليها إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ما لم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة(٢) . فيجوز

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥١ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧١ .

للمؤسسة أن تتملك العقارات أو تكسب حقوقا أخرى عليها ولو جاوزت فى ذلك هذا القدر الضرورى .

٣٨٦ – إدارة المؤسسة وحدود نشاطها :

رأينا أن دستور المؤسسة ، وهو السند الرسمى أو الوصية ، يجب أن يشتمل على نظام إدارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها (م ٧٠/٢ د) . ويجوز لمنشئ المؤسسة أن يجعل نفسه مديرا لها ، وفى هذه الحالة يجب عليه أن يتقيد بنظام الإدارة الذى نص عليه دستور المؤسسة ، حيث يسرى عليه مايسرى على أى مدير آخر من أحكام .

ويتولى مدير المؤسسة إدارتها ويمثلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) .

وإذا كان مبدأ التخصص يحد من أهلية وجوب المؤسسة ، فإنه تبعا لذلك يحد أيضا من نشاطها ، حيث ينحصر هذا النشاط فى الحدود التى يقتضيها غرض المؤسسة، ولذلك يسرى عليها مايسرى على الجمعية من عدم جواز الدخول فى مضاربات مالية (م ٢٠ و٨١) .

وفضلا عن هذا القيد العام الذى يحد من نشاط المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، وضع الشارع قيودا خاصة على نشاط المؤسسة ؛ منها ماتشترك فيه مع الجمعية ، ومنها ماتستقل به .

فهناك قيود على النشاط تشترك فيها المؤسسة الخاصة مع الجمعية . حيث نصت المادة ٨١ على أنه « يسرى على المؤسسات بأنواعها من حيث إدماجها وإنشاء فروع لها وتعيين مدير مؤقت لإدارتها ووقف تنفيذ قراراتها وحلها وتصفيتها وجواز تحويلها إلى مؤسسة ذات صفة عامة مايسرى على الجمعيات فى هذا الشأن من أحكام ، ويسرى عليها الحظر المنصوص عليه فى المادتين ٢٠ و ٢٣ من هذا القانون بالنسبة إلى الجمعيات » . وبمقتضى هذا النص وغيره من النصوص المشار إليها يخضع نشاط المؤسسة للقيود الآتية :

١ — لايجوز للمؤسسة أن تنتسب أو تشترك أو تنضم إلى جمعية أو هيئة أو ناد خارج الجمهورية العربية المتحدة ، كما لايجوز لها أن تحصل على أموال من شخص أجنبي أو جهة أجنبية ولا أن ترسل شيئا من ذلك إلى الخارج ، إلا بعد الرجوع إلى الجهة الإدارية المختصة . وذلك على التفصيل الذى ذكرناه فيما تقدم بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٣ و ٨١) .

٢ — لايجوز للمؤسسة بغير موافقة الجهة الإدارية المختصة أن تباشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التى بها مقرها الرئيسى إلا عن طريق فروع لها . وذلك وفقا لما ذكرناه فى خصوص الجمعية (م ٢٦ و ٨١) .

٣ — لايجوز للمؤسسة أن تخصص مكانا لإيواء المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعيه إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة . وذلك على التفصيل الذى رأيناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٦٧ و ٦٨) .

٤ — للجهة الإدارية المختصة أن تقرر إدماج أكثر من مؤسسة تعمل لتحقيق غرض متماثل على النحو الذى ذكرناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٩ و ٣٠ و ٨١) .

وهناك قيود على النشاط تستقل بها المؤسسة . حيث يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تعدل نظام المؤسسة بما يحقق الغرض من إنشائها (م ٧٥) ، كما يجوز لها أن تخفف أو تلغى كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند إنشاء المؤسسة إذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموالها أو لتحقيق الغرض من إنشائها (م ٧٩) .

٣٨٧ — الرقابة على نشاط المؤسسة :

خول الشارع الإدارة رقابة شاملة على نشاط المؤسسة وبذات الدرجة التى رأيناها بالنسبة إلى نشاط الجمعية . فعمل القضاء فى هذا الخصوص ، كما قدمنا ، إنما يقتصر على الحكم بالعقوبات المقررة على الأشخاص الذين يرتكبون المخالفات المنصوص عليها ، وكذلك الحكم بالتعويض على مدير المؤسسة وأعضاء مجلس الإدارة .

ومن ثم نتكلم فى الرقابة الإدارية ، ثم فى الجزاءات :

(١) الرقابة الإدارية : خول الشارع الجهة الإدارية المختصة حق الرقابة على نشاط المؤسسة ، وتنظم اللائحة التنفيذية أحكام هذه الرقابة (م ٧٥) :

ولكفالة تحقيق هذه الرقابة أوجب الشارع اتخاذ إجراءات معينة ، وخول الجهة الإدارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات .

فهناك إجراءات يجب أن تتخذ فيما يتعلق بحسابات المؤسسة المالية . حيث يجب على مدير المؤسسة أن يوافى الجهة الإدارية المختصة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوى مع المستندات المؤيدة لهما ، كما يجب عليه أن يقدم أية معلومات أو بيانات أو مستندات أخرى تطلبها هذه الجهة (م ٧٧) :

وبالإضافة إلى هذه الإجراءات فإن للجهة الإدارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات :

١ — فلوزير الشئون الاجتماعية أن يعين مديرا أو مجلس إدارة مؤقت للمؤسسة وفقا لما ذكرناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٨ و ٣٠ و ٨١) .

٢ — وللجهة الإدارية المختصة عزل المديرين الذين يثبت إهمالهم فى إدارة المؤسسة أو عدم تنفيذ مافرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لايتفق مع أغراضها أو قصد منشئها أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر أو لاعتبارات قومية ، وتعيين من يحل محلهم فى إدارتها (م ٧٩) .

٣ — وعلى مدير المؤسسة أو مجلس إدارتها إخطار الجهة الإدارية المختصة بكل تصرف مالى يجريه خلال أسبوع من تاريخ إجرائه ، ولهذه الجهة أن تعترض على هذا التصرف خلال شهر من تاريخ إخطارها به ، فإذا لم تعترض خلال تلك المدة اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) :

٤ — وللجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة وفقا لما بيناه فى خصوص الجمعية (م ٣٣ و ٨١) :

(٢) الجزاءات : يسرى على المؤسسة الخاصة كل ماذكرناه عن هــذه الجزاءات بالنسبة إلى الجمعية(١) .

٣٨٨ – انقضاء المؤسسة وتصفيتها :

تنقضى المؤسسة بالحل . وهذا الحل لايكون إلا إجباريا : حيث تختلف المؤسسة فى هذا عن الجمعية : فهذه الأخيرة قد يكون حلها اختياريا بقرار يصدر من أعضاء الجمعية العمومية كما رأينا ، بينما لايتصور مثل هذا الحل بالنسبة إلى المؤسسة لأنها عبارة عن مال يرصد لغرض معين ، فلا تتكون من أعضاء يمكن أن يصدر منهم قرار بهذا الحل .

وقد نصت المادة ٨١ على أنه يسرى على المؤسسة ، فيما يتعلق بحلها وتصفيتها ، مايسرى على الجمعية . وعليه فإن حل المؤسسة ، وهو حل إجبارى كما قلنا ، يكون بقرار يصدر من الجهة الإدارية ، وهى وزير الشئون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص . حيث يقع هذا الحل كما تتم التصفية وفقا للأحكام التى بيناها فيما تقدم بالنسبة إلى الجمعية (م ٥٧ — ٦٢)(٢) .

٣٨٩ – المؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة والاتحادات وصندوق الإعانة :

بمقتضى المادة ٨١ ، يسرى على المؤسسة الخاصة مايسرى على الجمعية فيما يتعلق بجواز تحويلها إلى مؤسسة ذات صفة عامة وفقا لما فصلناه فيما تقدم(٣) .

ويصدق على المؤسسة الخاصة كذلك ماعرضناه فيما تقدم عن الاتحادات وصندوق الإعانة ، وهذا واضح من سياق النصوص التى أوردناها فى هذا الشأن(٤) .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٤ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٥ و ٣٧٦ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٧ .

(٤) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٨ و ٣٧٩ .

الفصل الثانى

محل الحق

٣٩٠ – الأعمال والأشياء :

عرفنا أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون : وهـــذه القيمة هى محل الحق . ورأينا أن ثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه أن يكون لهـذا الشخص من السلطات مايمـكنه من الحصول على المزايا التى ترجى من هـذه القيمة(١) : وهذه السلطات هى مضمون الحق . وبذلك يبدو التمييز واضحا بين هذين الأمرين؛ فمحل الحق l' objetdudroit هو القيمة التى تثبت لصاحب الحق : أما مضمون الحق le contenu du droit فهو السلطات التى يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة إلى هذه القيمة . فحق الملـكية مثلا محله الشىء المادى الذى يرد عليه الحق ،أما مضمونه فهو مايكون للمالك أن يقوم به من استعمال هذا الشىء واستغلاله والتصرف فيه :

ومحل الحق إما أن يكون عملا أو شيئا . والشىء قد يكون ماديا أو معنويا : وسنقصر كلامنا فى هذا المقام على الحقوق المالية ، وهى التى يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود . فإذا كان الحق المالى حقا شخصيا كان محله عملا يقوم به المدين ، وإذا كان الحق عينيا كان محله شيئا ماديا ، وإذا كان الحق معنويا كان محله شيئا معنويا :

ومع ذلك فقد يؤدى الحق الشخصى فى كثير من الإحيان إلى حق عينى : أى إلى حصول الدائن على شىء ، كما فى التزام البائع بنقل ملـكية المبيع وهو التزام باعطاء شىء. كما أن العمل الذى يقوم به المدين فى الصور الأخرى للحق الشخصى يمكن تقويمه بالنقود وهى أشياء . ولهذا يمكن أن يقال إنه إذا كان العمل هو المحل المباشر للحق الشخصى ، فإن الشىء يعتبر المحل غير المباشر لهذا الحق :

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢١١ .

وسنسوق كلمة موجزة عن الأعمال التي يمكن أن تكون محلا للحقوق الشخصية ، ثم نتكلم بعد ذلك في الأشياء :

الفرع الأول

الأعمال

٣٩١ — شروط العمل الذى يصلح محلا للحق الشخصي :

رأينا فيما تقدم أن محل الحق الشخصي يكون دائما عملا يجب على المدين أن يقوم به . وهذا العمل قد يكون إعطاء شيء ؛ أو يكون عملا إيجابيا غير الإعطاء ، أو يكون امتناعا عن عمل . فهو في جميع صوره عمل إيجابي أو سلبي يلتزم به المدين(١) .

ويجب أن تتوفر في هذا العمل، أيا كانت صورته ، شروط معينة كي يصلح محلا للحق الشخصي . ويلاحظ هنا أن أهمية دراسة محل الحق الشخصي من هذه الناحية لاتظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإرادي ، وهو الذى ينشئه العقد أو تنشئه الإرادة المنفردة . ذلك لأن الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد محلها القانون ، وهو غالبا دفع مبلغ من النقود. أما الالتزام الإرادي فتحدد محله الإرادة ،ولهذا وجب أن تبين الشروط الواجب توافرها في هذا المحل(٢) . وهذه الشروط هي أن يكون العمل ممكنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

(١) شرط الإمكان : يجب في العمل الذى يلتزم المدين في الحق الشخصي بالقيام به أن يكون ممكنا ، فإذا كان العمل مستحيلا فلا ينشأ الالتزام . والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي التي تجعل العمل مستحيلا في ذاته ، فهي لاتقوم بالنسبة إلى المدين فحسب ، بل تقوم بالنسبة إلى جميع الناس . كما لو باع شخص شيئا تبين أنه هلك قبل العقد، أو تعهد محام برفع استئناف عن حكم اتضح أن ميعاد استئنافه قد انقضى ؛

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٢٣ .

(٢) راجع في هذا الخصوص كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٩٨ وما بعدها .

أما الاستحالة النسبية ، وهى التى تقوم بالنسبة إلى المدين وقد لاتقوم بالنسبة إلى غيره ، فلا تمنع من نشوء الالتزام ، كما لو تعهد المدين بالقيام بعمل ليس فى استطاعته أن يقوم به ، وقد يستطيع غيره ذلك ، بأن تعهد مثلا بأن يرسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم .

ويصح أن يكون العمل الذى يلتزم به المدين هو إعطاء شىء سيوجد فى المستقبل ، إذ أن عدم وجود هذا الشىء وقت نشوء الالتزام ليس من شأنه أن ينفى إمكان ذلك العمل مادام أن الشىء سيوجد فى المستقبل . كما فى بيع محصول قبل أن ينضج ، أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد . وذلك فيما عدا الحالات التى يحرم فيها الشارع التعامل فى الشىء المستقبل ، كما هى الحال بالنسبة إلى التركة المستقبلة (م ١٣١ / ٢ مدنى) وهبة المال المستقبل (م ٤٩٢ مدنى) ورهن المال المستقبل (م ١٠٣٣ / ٢ مدنى) .

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل الذى يلتزم به المدين معينا أو قابلا للتعيين . فإذا لم يكن العمل معينا فيكفى أن تتوفر العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته ، فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر التى تجعل البناء قابلا للتعيين ، كما فى حالة الاتفاق على إقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة ، فإذا لم تذكر تلك المواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد .

وإذا كان العمل هو إعطاء شىء وجب أن يكون الشىء معينا أو قابلا للتعيين . فإن كان الشىء قيميا وجب أن يعين بذاته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها . وإن كان الشىء مثليا وجب أن يعين بنوعه ومقداره ، كالقطن يذكر أنه من نوع السكلاريدس وأن مقداره خمسون قنطارا . ويكفى أن يعين هذا الشىء بنوعه إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين المقدار ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى أو مدرسة ، إذ يتحدد المقدار وفقا لحاجة المستشفى أو المدرسة : فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد .

(٣) شرط المشروعية : يجب فى العمل الذى يلتزم به المدين أن يكون مشروعا ، بمعنى ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب . فإن كان العمل منطويا على هذه المخالفة

فلا ينشأ الالتزام . كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة ، أو ببيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة .

الفرع الثانى

الأشياء

٣٩٢ — التمييز بين الشىء والمال :

المقصود بالشىء هو كل ماله كيان مستقل عن الأشخاص ، سواء كان شيئا ماديا كالأرض والبناء والحيوان ، أو كان شيئا معنويا كأفكار المؤلفين ؛

ويجب التمييز بين الشىء والمال : فالمال هو الحق المالى ، عينيا كان هذا الحق أم شخصيا أم معنويا . أما الشىء الذى ترد عليه طائفة من الحقوق المالية فهو محل الحق المالى ؛ فقد رأينا أن الحق العينى محله شىء مادى وأن الحق المعنوى محله شىء معنوى . ولذلك يجب تلافى الخلط الشائع بين الشىء والمال ، إذ كثيرا مايطلق لفظ المال على الشىء ، وفى هذا خلط بين الحق ومحله . فإذا قام على الشىء حق كان هناك مال ، وإذا لم يقم على الشىء حق لشخص ما ، بأن كان شيئا مباحا ، فليس هناك مال وإنما شىء فحسب . وقد ميز التقنين المدنى بين الشىء والمال ، حيث أورد فى الفصل الثالث من الباب التمهيدى تقسيما للأشياء وآخر للأموال .

وسنعرض فيما يلى للأشياء التى تصلح محلا للحق المالى ، ثم لتقسيماتها .

المبحث الأول

الأشياء التى تصلح محلا للحق المالى

٣٩٣ — الشىء الذى يصح التعامل فيه :

نصت المادة ٨١ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على مايأتى : « ١ — كل شىء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

٢ — والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لايجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » .

ويتضح من هذا النص أن هناك نوعين من الأشياء لايصح أن تكون محلا للحقوق المالية ، وهى الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون :

(١) *فالأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها* : هى التى لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها : أى الأشياء المشتركة التى يمكن لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع أحدهم على انتفاع الآخر ، فلا يمكن لأحد أن يستأثر بها دون غيره من الناس ، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر . فهذه أشياء لاتسمح طبيعتها بأن تكون محلا لحق خاص . والمقصود بداهة هو عدم القابلية للتعامل فى مجموع الشىء ، أى فى أشعة الشمس جميعها والهواء جميعه وماء البحر كله ، إذ أن الشىء بهذا الوضع لايمكن لأحد أن يستأثر به . أما الاستيلاء على مقدار محدود من هذا الشىء فهو أمر ممكن ، وفى هذه الحالة يصح أن يكون هذا المقدار المحدود محلا لحق مالى . فأشعة الشمس قد يحصر بعضها فى نطاق خاص ، والهواء قد يضغط بعض منه فى حيز محدود ، وماء البحر قد يؤخذ جزء منه لغرض ما ، وفى هذه الحالات يصح أن يكون بعض الأشعة أو الهواء أو الماء محلا لحق مالى .

(٢) *والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون* : هى التى لايجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية فى نطاق معين ، ويتحقق ذلك فى حالتين :

الأولى ، حين يخرج الشىء عن التعامل مراعاة للغرض الذى خصص له هذا الشىء .

ويكون ذلك إذا دخل الشىء فى نطاق مايسمى بالأموال العامة : وهى الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص (م ٨٧ / ١ مدنى) . فهذه الأشياء لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧ / ٢ مدنى) مادامت مخصصة للمنفعة العامة . ومقتضى هذا أن تلك الأشياء لاتصلح محلا لحقوق الأفراد إلا إذا كانت

هذه الحقوق لاتتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة : ومن أمثلة هذه الحقوق التى يجوز تقريرها للأفراد على الأموال العامة مانصت عليه المادة ١٠١٥ من التقنين المدنى من أنه يجوز أن يترتب حق الارتفاق على مال عام إذا كان لايتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال. وتفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وذلك بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م ٨٨ مدنى) . فإذا تم ذلك أصبحت هذه الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية بصفة عامة .

كما يكون ذلك بالنسبة إلى أموال الأوقاف الخيرية : فهذه لايجوز التصرف فيها إلا فى حالة استبدال غيرها بها ، كما لايجوز تملكها أو كسب حق عينى آخر عليها بالتقادم (م ٩٧٠ /٢ مدنى) .

والثانية ، حين يخرج الشىء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة التى يرى الشارع أن التعامل فيها يخل بالنظام العام، كالمخدرات. فهذه لاتكون قابلة للتعامل إلا فى حالات محدودة ، كأن تستعمل المخدرات لأغراض طبية .

المبحث الثانى
تقسيمات الأشياء

٣٩٤ – تقسيمات عدة :

هناك تقسيمات عدة للأشياء ، عرض التقنين المدنى لأهمها ، وهى تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، وإلى أشياء قابلة وأشياء غير قابلة للاستهلاك ، وإلى أشياء مثلية وأشياء قيمية(١) :

(١) وهناك تقسيم للأشياء يضيفه الفقه ، وهو تقسيمها إلى أشياء مادية وأشياء معنوية . فالأشياء المادية هى التى لها وجود مادى يدرك بالحس، كالأراضى والمنازل والعربات والآلات . أما الأشياء المعنوية فلها كيان معنوى لايدرك إلا بالفكر ، كأفكار المؤلفين والمخترعين . وكذلك مجموعات الأشياء التى ينظر إلى الواحدة منها كمجموعة مستقلة عن العناصر المكونة لها ، فهذه تعتبر من قبيل الأشياء المعنوية التى تصلح

وتقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات تقسيم شامل لكل الأشياء ، المادى منها والمعنوى ؛ إذ أن الأشياء المعنوية تعتبر جميعها من قبيل المنقولات كما سنرى . أما التقسيمان الآخران فيتناولان الأشياء المادية فحسب .

وسندرس هذه التقسيمات الثلاثة :

المطلب الأول

العقارات والمنقولات

٣٩٥ — تقسيم الأشياء والأموال :

يعتبر تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهم تقسيم لها فى القانون لاختلاف الأحكام بالنسبة إلى العقارات عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافا كبيرا .

وكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وإذا كنا هنا بصدد تقسيم الأشياء فحسب ، إلا أننا مع ذلك سنتناول تقسيم الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة لارتباطه بهذا النوع من التقسيم بالنسبة إلى الأشياء ولأنه التقسيم الوحيد للأموال الذى نص عليه التقنين المدنى :

أولا : الأشياء العقارية والأشياء المنقولة

٣٩٦ — أساس التفرقة بين العقارات والمنقولات :

تقوم هذه التفرقة أصلا على أساس طبيعى هو ثبات الشىء أو عدم ثباته : فالأشياء الثابتة عقارات ، والأشياء القابلة للحركة منقولات .

وإلى جانب هذا الأساس الطبيعى وجد اعتبار اقتصادى من قديم ، حيث كانت تعتبر الأرض فى الماضى هى عماد الثروة ، وبالتالى كانت تعتبر العقارات هى الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وقد أخذ هذا الاعتبار يقل شأنه

— بهذا الوصف لأن تكون محلا لحق مالى . ومثلها البارز هو المحل التجارى ، حيث ينظر إليه فى مجموعه باعتباره شيئا معنويا له كيانه الذاتى المستقل عن العناصر المكونة له ، سواء كانت هذه العناصر مادية كالبضائع والمهمات ، أو معنوية كالاسم التجارى والسمعة والحق فى الإيجار .

فى الوقت الحاضر إلى حد كبير بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة .

(١) العقارات

٣٩٧ — القاعدة والاستثناء :

الأصل أن يعتبر الشيء عقارا بحسب طبيعته ، أى على أساس كونه شيئا ثابتا لايمكن نقله دون تلف : غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء عقارا ، لابحسب طبيعته ، بل بحسب تخصيصه ، فهو منقول يخصص لخدمة العقار أو استغلاله : فهناك إذاً عقار بالطبيعة ، وعقار بالتخصيص :

٣٩٨ — العقار بالطبيعة :

العقار بالطبيعة immeuble par nature هو ، كما عرفته المادة ٨٢ فقرة أولى من التقنين المدنى ، «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله منه دون تلف» .

فهو يشمل الأراضى أياكان نوعها . وكذلك ما فى جوفها من مناجم ومحاجر . أما الأتربة التى تنتزع منها ، والمعادن التى تستخرج من المناجم ، والأحجار التى تقتطع من المحاجر ، فتعتبر من قبيل المنقولات بمجرد فصلها عنها .

ويشمل النباتات مادامت تمتد جذورها فى الأرض : فإذا قطعت النباتات أصبحت منقولات .

ويشمل الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار ، من مساكن ومعامل ومخازن وقناطر وخزانات وسدود وأنفاق وغير ذلك. وكذلك جميع أجزاء البناء التى لايتم إلابها ، كالأبواب والشبابيك والمصاعد .

وظاهر من تعريف العقار بالطبيعة أنه لايكفى أن يكون ذا مستقر ثابت، بل يجب كذلك أن يكون من غير الممكن نقله دون تلف . فالنباتات التى تمتد جذورها فى الأرض ذاتها تكون عقارات بالطبيعة لأنه لا يمكن نقلها دون تلف ، أما التى تزرع فى أوعية

فهى منقولات ، حتى لو دفنت هذه الأوعية فى الأرض ، لأنه مع ذلك يمكن نقلها دون تلف : والمبانى تعتبر عقارات حتى لو كانت إقامتها مؤقتة ، كأبنية المعارض . أما الأكشاك التى يمكن حلها وإقامتها فى مكان آخر ، كأكشاك الاستحمام ، فلا تعتبر عقارات .

٣٩٩ — العقار بالتخصيص :

بعد أن نصت المادة ٨٢ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على القاعدة فيما يعتبر عقارا وما يعتبر منقولا ، أضافت فى فقرتها الثانية ماياتى : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فالعقار بالتخصيص immeuble par destination هو شىء منقول بطبيعته ، ولكن مالكه ألحقه بعقار له بأن خصصه لخدمة العقار أو استغلاله ، فأصبح تابعا لهذا العقار ، فاعتبره الشارع عقارا . فهو بذلك عقار حكما لاحقيقة :

وغرض الشارع من هذا الافتراض القانونى الذى يخالف الحقيقة هو أن تسرى أحكام العقار على المنقول الذى رصد على خدمته أو استغلاله ، فلا ينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار ، وبذلك لايتعطل الانتفاع بالعقار ، حيث تقتضى المصلحة العامة ضمان استغلال العقارات على خير وجه :

٤٠٠ — شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص :

يتضح من نص المادة ٨٢/٢ مدنى أنه يشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أن يوضع المنقول فى العقار رصدا على خدمته أو استغلاله ، وأن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، وأن يكون التخصيص بواسطة المالك .

الشرط الأول : أن يوضع المنقول في العقار رصدا على خدمته أو استغلاله : حيث يجب أن توجد علاقة تخصيص على هذا النحو بين منقول بطبيعته وعقار بطبيعته . وهذا هو شرط التخصيص الذى يجب أن يراعى فيه ما يأتى :

١ — فيجب أن يتحقق التخصيص فعلا : فالمنقول الذى يصبح عقارا بالتخصيص هو الذى يكون قد ألحق فعلا بالعقار لخدمته أو استغلاله ، بحيث تتضح علاقة التخصيص بينهما ، وذلك بأن يضع المالك المنقول فى العقار :

٢ — ويجب أن يكون التخصيص مستمرا . وليس معنى ذلك أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، فيصح أن يكون لفترة محدودة من الزمن . بل المقصود بالاستمرار ألا يكون التخصيص عرضياً ، بحيث يتوفر له طابع الثبات .

٣ — ويجب أن يكون التخصيص لفائدة العقار ، وليس لمصلحة المالك الشخصية. وهذا هو مايعبر عنه بأن يكون التخصيص عينيا لاشخصيا : وإذا كان المالك هو الذى يفيد فى النهاية من تخصيص المنقول لفائدة العقار ، إلا أن عينية التخصيص مشروطة لارتباطها بالغاية من فكرة التخصيص ذاتها وهى توق تعطيل الانتفاع بالعقار .

فالسيارة التى يركبها صاحب المصنع لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، أما تلك التى تستعمل فى نقل المصنوعات إلى العملاء فتعتبر عقارا بالتخصيص . والدابة التى يركبها صاحب الأرض لا تكون عقارا بالتخصيص ، أما التى تستخدم فى فلاحة الأرض فتعتبر عقارا بالتخصيص .

وإذا كانت علاقة التخصيص على النحو المطلوب تبدو واضحه فى تخصيص منقول للانتفاع بأرض زراعية ، فإنها قد لا تكون ظاهرة إذا ما خصص المنقول للانتفاع ببناء : ولذلك يشترط لاعتبار المنقول مخصصا للانتفاع ببناء أن يكون هذا البناء قد أقيم للغرض المستخدم له أو أعد لهذا الغرض إعدادا خاصا . فالآلات التى يضعها العامل فى مسكنه لاستعمالها فى صناعات بسيطة لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، لأن محل السكن ليس مصنعا . والمفروشات التى توضع فى غرف للإيجار لا تعتبر عقارات بالتخصيص

إلا إذا كان البناء الذى توجد فيه هذه الغرف قد أنشئ لكى يكون فندقا أو اعد لهذا الغرض إعدادا خاصا .

٤ — ويجب أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله : ويكون ذلك بالقدر الذى يتلاءم مع الخدمة أو الاستغلال : ويرجع فى تحديد هذا القدر إلى العرف ؛ ولكن لايشترط أن يكون المنقول ضروريا للخدمة أو الاستغلال ، فيكفى أن يخصص لذلك ما دامت عملية الخدمة أو الاستغلال تستوعبه .

ويستوى أن يكون التخصيص لخدمة العقار أو لاستغلاله : فقد يكون التخصيص للخدمة ، كما هو الشأن بالنسبة إلى ما يوضع فى المدارس من مقاعد وأدوات وأجهزة للمعامل ، وما يوضع فى المستشفيات من أسرة ومقاعد وأجهزة طبية : وقد يكون التخصيص للاستغلال أيا كان نوعه ، كما هى الحال بالنسبة إلى المنقول الذى يخصص للاستغلال الزراعى كالآلات الزراعية والماشية التى توضع فى الأرض ، أو للاستغلال الصنعى كآلات المصنع وعدده والمواد الأولية والعربات التى توضع فى المصنع ، أو للاستغلال التجارى كالمقاعد والآلات التى توضع فى المسارح ودور السينما ، أو للاستغلال المدنى كالمفروشات التى توضع فى المنازل المخصصة للايجار .

الشرط الثانى : أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد : والحكمة فى هذا الشرط أن الغاية من فكرة التخصيص كما قلنا هى إخضاع المنقول لأحكام العقار بإلحاقه بالعقار فى التنفيذ عليه والتصرف فيه ، بحيث لاينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول :

وعليه فالمنقولات المملوكة للمستأجر والتى تستخدم فى استغلال الأرض كآلات الزراعة والماشية لاتعتبر عقارات بالتخصيص . وكذلك الحال بالنسبة إلى المنقولات التى يستخدمها مالك الأرض دون أن تكون مملوكة له ، كما لو كان قد استأجر هذه المنقولات أو استعارها ، أو كان قد اشتراها بعقد بيع اتفق فيه على تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا كان الثمن لم يدفع كله بعد :

ويستوى لتوافر الشرط أن يكون مالك المنقول مالكا للعقار ملكية مفرزة أو شائعة ، إذ هو فى الحالين مالك للعقار بحيث تتحقق الغاية من فكرة التخصيص. فيعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يملكه شريك على الشيوع فى ملكية عقار إذا رصده صاحبه على خدمة العقار أو استغلاله .

الشرط الثالث : أنه يصدر التخصيص من المالك : والحكمة فى هذا الشرط هى الغاية من فكرة التخصيص ، إذ أن تحقيق هذه الغاية يكون رهينا بارادة المالك ، وهذا يقتضى أن يكون المالك هو الذى الحق المنقول بالعقار ، سواء قام بذلك بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه .

فإذا استعار مستأجر الأرض من مالكها منقولا مملوكا لهذا المالك وخصصه لاستغلال الأرض ، دون أن يكون نائبا فى ذلك عن المالك ، فلا يعتبر هذا المنقول عقارا بالتخصيص ، رغم أنه مملوك لصاحب الأرض .

٤٠١ — حكم العقار بالتخصيص :

إذا توفرت الشروط التى ذكرناها لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ترتب على ذلك ما قصد إليه الشارع من سريان أحكام العقار على المنقول ، بحيث لاينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار . ويتحقق ذلك بأن يظل المنقول ملحقا بالعقا عند التنفيذ عليه أو التصرف فيه .

وعليه يترتب على اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أنه لايجوز الحجز عليه حجز منقول مستقلا عن العقار الذى ألحق به ، وأن التنفيذ على العقار يشمله حتى ولولم يذكر ذلك فى تنبيه نزع الملكية ؛ ويشمله بيع العقار الأصلى ورهنه (١) والوصية به ، دون حاجة إلى شرط خاص . ويكون فى حالة القسمة من نصيب من حصل على العقار ،

---

(١) وقد نصت المادة ١٠٣٦ من التقنين المدنى على أن الرهن يشمل « ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص . . . العقارات بالتخصيص » ، وإن كانت القاعدة العامة فى التخصيص تغنى عن هذا النص .

الأصلى ، حتى لو كانت القسمة بسبب وفاة المالك، لأن التخصيص لا يزول بالوفاة ؛

ومن الواضح أنه ، رغم هذه النتائج ، يظل العقار بالتخصيص محتفظا بذاتيته . ولذلك يعامل معاملة المنقول من وجوه أخرى . من ذلك أنه يظل محملا بامتياز البائع رغم التخصيص ، وذلك وفقا للمادة ١/١١٤٥ مدنى التى تقضى بأن يبقى امتياز بائع المنقول قائما مادام المبيع محتفظا بذاتيته : وفى ذلك يختلف عن المنقول الذى يثبت فى العقار أو يندمج فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ؛ كوابور الرى الذى يكون ذا مستقر ثابت فى الأرض ،والأجزاء المتممةللبناء كالشبابيك والأبواب ، فهذه المنقولات تفقد ذاتيتها وتصبح عقارات بالطبيعة .

وتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا زال هذا التخصيص . وإذا كان التخصيص لا يتم إلابإرادة المالك ، فإنه لايزول كذلك إلا بهذه الإرادة . وقد يزول التخصيص بعمل مادى من جانب المالك ، وذلك إما بوقف الاستغلال الذى كان المنقول مخصصا له كتحويل أرض زراعية إلى أرض بناء ، أو بفصل المنقول عن العقار واستخدامه فى أغراض أخرى : كما قد يزول التخصيص بتصرف قانونى يصدر من المالك ، وذلك بأن يتصرف المالك فى العقار أو فى المنقول مستقلا أحدهما عن الآخر ؛

وما دام للمالك أن يزيل التخصيص ، فان له أن يتنزل عن التمسك باعتبار المنقول عقارا بالتخصيص،حيث يعتبر هذا النزول إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز الدائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، فإن هذا الحجز لايكون باطلا إلاإذا دفع المالك المدين ببطلان الإجراءات وفقا للمادة ٢/٨٢ مدنى، فإذا لم يدفع المالك بالبطلان اعتبر نازلا، وبالتالى يكون الحجز صحيحا ؛

ويلاحظ أن تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول مما يتعلق بالنظام العام : فإذا اعتبر القانون بعض الأشياء عقارات على سبيل الاستثناء وبشروط خاصة ، فإن الباعث على هذا يكون فى نظر الشارع متعلقا بالنظام العام كذلك ، وهو ضمان استغلال العقارات ؛ وعليه إذا اتفق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ، بحيث لا يكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، وكانت هذه المنقولات لا تتوفر فيها الشروط التى يتطلبها القانون لهذا التخصيص ، فإن هذا الاتفاق

يكون باطلا لمخالفته للنظام العام . فارادة الأفراد لا يمكنها أن تعدل فى أحكام العقار بالتخصيص :

(٢) المنقولات

٤٠٢ – القاعدة والاستثناء :

الأصل أن يعتبر الشىء منقولا بحسب طبيعته ، أى على أساس كونه شيئا قابلا للحركة . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشىء منقولا ، لا بحسب طبيعته ، بل بحسب ما سيئول اليه أمره ، فهو فى حالته الراهنه عقار بالطبيعة ، ولكنه سيصبح منقولا بعد زمن قليل : فهناك إذا منقول بالطبيعة ، ومنقول بحسب المآل .

٤٠٣ – المنقول بالطبيعة :

بعد أن عرفت المادة ٨٢ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى العقار بالطبيعة بأنه كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، أضافت قولها : « وكل ماعدا ذلك من شىء فهو منقول » . وعلى هذا النحو يستنبط تعريف المنقول من النص عن طريق الاستبعاد .

فالمنقول بالطبيعة meuble par nature هو كل شىء لا تتوفر له صفة العقار المذكورة . وعليه يشمل المنقول طائفتين :

(١) حيث يعتبر منقولا كل شىء مادى يمكن نقله من مستقره بدون تلف : وذلك مع مراعاة ألا يكون صاحبه قد وضعه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، إذ يصبح فى هذه الحالة عقارا بالتخصيص كما رأينا . ومن أمثلة المنقول المادى الحيوانات والملابس والكتب والبضائع والعربات والسفن والطائرات :

والعبرة فى هذا الشأن بأن يكون الشىء قابلا للحركة والنقل دون تلف . فلا يغير من وصف الشىء بأنه منقول أن يكون قد أعد للبقاء فى مكان معين مادام يمكن نقله دون تلف ، كما هى الحال بالنسبة إلى العوامات المخصصة للسكنى وأكشاك الاستحمام المقامة على الشواطئ .

(٢) كما يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المعنوية، كأفكار المؤلفين والمخترعين والاسم التجارى، فهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار، إذ ليس لها وجود مادى، ومن ثم لا يتصور بالنسبة إليها الاستقرار بحيز والثبات فيه .

٤٠٤ – المنقول بحسب المآل:

المنقول بحسب المآل meuble par anticipation هو شىء يعتبر بحسب طبيعته عقارا بالطبيعة، وفقا لحالته الراهنة، ولكن القانون يعده منقولا باعتبار ماسيئول إليه فى المستقبل . ومن أمثلته المبانى المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع، والثمار والمحصولات الزراعية قبل نضجها. فهذه الأشياء وما شاكلها تكون فى حالتها الراهنة عقارات بالطبيعة، ولكن القانون يعاملها معاملة المنقول على أساس أنها ستصير كذلك بعد زمن قليل حينما تفصل عن الأرض :

والغرض من هذا الافتراض القانونى هو إخضاع هذه الأشياء لحكم المنقول لا لحكم العقار، سواء فيما يتعلق بالتنفيذ أو التصرف، وذلك تيسيرا للإجراءات التى تتخذ فى حالة التنفيذ وتخفيفا للقيود التى تراعى عند التصرف، مادام أن مصيرها إلى أن تصبح منقولات بعد زمن قليل، إذ أن هذه الإجراءات والقيود تكون بالنسبة إلى العقار أكثر تعقيدا وأشد وطأة منها فيما يتعلق بالمنقول .

٤٠٥ – شروط اعتبار الشىء منقولا بحسب المآل:

لم يضع الشارع قاعدة عامة فى خصوص اعتبار بعض العقارات منقولات بحسب المآل : ولكنه أخذ بهذا الاعتبار فى حالات معينة بمقتضى نصوص خاصة : من ذلك أن التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول حق امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد، وهذا امتياز يقع على المحصول الذى صرفت هذه المبالغ فى إنتاجه (م ١١٤٢ /١ مدنى) . كما يضع بين تلك الحقوق حق امتياز مؤجر

الأراضي الزراعية الذى يقع على المحصول الزراعي لضمان مايستحقه المؤجر بمقتضى عقد الإيجار (١١٤٣ / ١ مدنى) : فهذان الحقان يقعان على المحصول قبل حصده ، ومع ذلك يعتبرهما الشارع من حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول بالرغم من أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة » ومن هـذا القبيل كذلك أن تقنين المرافعات يجعل التنفيذ على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها بطريق الحجز عليها حجز منقول ، على أن يوقع هذا الحجز فى خلال خمسة وخمسين يوما قبل نضجها (م ٤٩٩ و ٥٠٤ مرافعات) .

ويقوم اعتبار المحصول والثمار والمزروعات قبل نضجها من قبيل المنقولات بمقتضى هذه النصوص على أساس النظر إلى ماسيئول إليه أمرها فى المستقبل . ذلك أن التنفيذ عليها ، سواء بمقتضى حق الامتياز أو بموجب دين عادى ، يؤدى فى النهاية إلى بيعها جبرا عن المدين إلى مشتر يحصل عليها بعد جنيها . ومن ثم فليس هناك مايبرر اتخاذ إجراءات التنفيذ العقارى ، وهى أشـد تعقيدا وأكثر كلفة من إجراءات الحجز على المنقول ، مادام أن مصير هذه الأشياء أن تفصل عن الأرض بعد قليل وتصبح منقولات تسلم إلى من اشتراها فى المزاد .

وقد استخلص الفقه والقضاء من هذه النصوص الخاصة التى وردت فى حالات معينة نظرية عامة بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بحسب المآل إذا كانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى النظر إليها باعتبار ماستئول إليه فى المستقبل ، أى باعتبار أنها ستصير منقولات بعد زمن قليل » وعليه يجب لاعتبار الشىء منقولا بحسب المآل أن يتوافر الشرطان الآتيان :

(١) فيجب أن يكون القصد الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو الحصول على الشىء بعد أن يفصل عن الأرض فيصير منقولا بالطبيعة بعد أن كان عقارا. بمعنى أن يكون الحصول على الشىء بعد فصله هو الغرض الأساسى المقصود من التعاقد »

ويبنى على ذلك أنه إذا كان العقد مثلا عقد بيع وارد على بناء ، فلايكفى لاعتباره بيع منقول أن يكون واردا على البناء دون الأرض التى يقوم عليها ، بل يجب فوق ذلك

أن يكون القصد من البيع هو أن يحصل المشترى على الأنقاض بعد هدم البناء ، بحيث يكون هناك التزام بالهدم يقع على عاتق أحد الطرفين . فإذا فرضنا أن البائع قد احتفظ بملكية الأرض ، واقتصر المشترى على شراء البناء لاستخدامه فى غرض معين مع استئجار الأرض التى يقوم عليها من البائع ، فلا يعتبر البيع فى هذه الحالة بيع منقول بحسب المآل ، بل يعتبر بيع عقار .

(٢) ويجب أن يكون من المحقق فى نظر المتعاقدين أن ينفصل الشىء عن الأرض فى وقت قريب : فهذا هو مقتضى كون الغرض الأساسى المقصود من التعاقد هو الحصول على الشىء بعد فصله . فلا يكفى لاعتبار البيع بيع منقول أن يكون من المحتمل فصل الشىء المبيع عن الأرض . فإذا اتفق فى بيع البناء مستقلا عن الأرض على أن يكون للمشترى أن يهدم البناء إذا رغب فى ذلك ، فلا يعتبر البيع بيع منقول ، حيث يستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يبقى البناء على حالته فيظل عقارا . وكذلك الحال إذا حدد موعد بعيد للقيام بالهدم ، إذ لا يكون الغرض الأساسى من البيع حينئذ هو الحصول على الأنقاض .

٤٠٦ — حكم المنقول بحسب المآل :

إذا توفر الشرطان السابقان ترتب على ذلك سريان أحكام المنقول على العقار الذى اعتبر منقولا بحسب مآله . فإذا بيع الشىء ، وكان معينا بالنوع ، كما لو كان كمية من محصول لم ينضج بعد ، فلا تنتقل ملكيته إلى المشترى إلا بإفرازه . وإذا كان الشىء معينا بالذات ، كما لو كان منزلا معدا للهدم ، انتقلت ملكيته إلى المشترى بمجرد العقد ، فلا تكون هناك حاجة إلى التسجيل لكى يتم هذا الانتقال ، مادام أن العقد ليس واردا على عقار . ويكون حق الامتياز المقرر للبائع على الشىء المبيع ضمانا للوفاء بالثمن امتيازا واقعا على منقول حتى قبل أن يفصل الشىء عن الأرض ويصير منقولا . ويكون التنفيذ على الشىء من جانب الدائنين بحقوقهم بطريق الحجز عليه حجز منقول ، وليس بطريق التنفيذ العقارى . ويتحدد الاختصاص المحلى للمحاكم بنظر المنازعات الناشئة عن العقد على أساس موطن المدعى عليه ، حيث يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها هذا الموطن ، وهى القاعدة المقررة فى الدعاوى المنقولة .

ثانيا : الأموال العقارية والأموال المنقولة

٤٠٧ – الحقوق والدعاوى :

رأينا من التقسيم السابق أن وصف العقار أو المنقول يلحق الشيء محل الحق – على أن هذا الوصف يلحق كذلك الحق ، أى المال ، فيقال حق عقارى أو مال عقارى ، وحق منقول أو مال منقول . ويلحق هذا الوصف كذلك الدعاوى التى تحمى الحقوق ، فيقال دعوى عقارية ودعوى منقولة :

فكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وقد نصت المادة ٨٣ من التقنين المدنى على هذا التقسيم فقالت : « ١ – يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار . ٢ – ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية » .

فالحقوق العقارية هى الحقوق العينية التى تقع على عقارات ، كحق الملكية العقارية وحق الارتفاق وحق الرهن الرسمى .

والدعاوى العقارية هى الدعاوى التى تتعلق بحقوق عينية عقارية ، كدعوى استحقاق العقار .

والحقوق المنقولة هى جميع الحقوق غير العقارية . فهى تشمل الحقوق العينية الواردة على أشياء منقولة ، كحق الملكية الوارد على منقول وحق الرهن الحيازى الوارد على منقول . وتشمل كذلك الحقوق المعنوية . وتشمل كذلك الحقوق الشخصية جميعها ، حتى لو كان الالتزام فيها بإعطاء شىء عقارى ، حيث يكون محلها دائما عملا يلتزم المدين بالقيام به ، كما سبق أن فصلنا . فحق مشترى العقار فى مواجهة البائع قبل التسجيل ، وبعبارة أخرى التزام البائع بنقل ملكية العقار ، حق منقول . والتزام البائع بتسليم العقار أو المنقول ، والتزام شخص بإقامة بناء أو بالامتناع عن عمل ، كل هذه حقوق منقولة .

والدعاوى المنقولة هى الدعاوى التى تتعلق بحقوق عينية منقولة أو بحقوق معنوية أو بحقوق شخصية .

ويقسم قانون المرافعات الدعاوى إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية بحسب ماتبنى عليه ، أى بحسب طبيعة الحق الذى يستند إليه رافعها . كما يقسمها إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة بحسب مايطلب بها ، أى على أساس طبيعة المال الذى يرمى رافع الدعوى إلى الحصول عليه . وعلى هذا النحو تنقسم الدعاوى إلى أربعة أنواع : دعوى عينية عقارية ، وهى التى تستند إلى حق عينى عقارى ، كدعوى استحقاق العقار . ودعوى شخصية عقارية ، وهى التى تستند إلى حق شخصى ، ولكن يراد بها الحصول على حق عينى عقارى ، كالدعوى التى يرفعها المشترى على بائع العقار يطلب فيها الحكم بصحة التعاقد . ودعوى عينية منقولة ، وهى التى تستند إلى حق عينى على منقول ، كدعوى استحقاق المنقول. ودعوى شخصية منقولة ، وهى التى تستند إلى حق شخصى ، ويكون الغرض منها الحصول على مال منقول ، كالدعوى التى يرفعها مستأجر العقار على المؤجر كى يسلمه العقار ويمكنه من الانتفاع به .

ثالثا : أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

٤٠٨ — أساس طبيعى واعتبار اقتصادى :

إن بيان أهمية التفرقة التى رأيناها بين العقارات والمنقولات يعنى التعرض للنتائج القانونية التى تترتب على هذه التفرقة . فقد أشرنا إلى أن الأحكام بالنسبة إلى العقارات تختلف عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافا كبيرا . ويرجع ذلك إلى عاملين : الأول يقوم على أساس طبيعى هو ثبات الشىء أو عدم ثباته ، فهو أساس تفرضه طبيعة الأشياء . والثانى يقوم على اعتبار اقتصادى ، حيث كانت تعتبر العقارات فى الماضى هى الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وإذا كان هذا الاعتبار قد قلت أهميته فى الوقت الحاضر بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة ، إلا أنه مع ذلك ما زال له أثره فى وجود فروق كثيرة بين العقار والمنقول فى التنظيم القانونى لكل منهما .

ومن ثم فنواحى الاختلاف فى التنظيم القانونى للعقار والمنقول إما أن ترجع إلى أساس طبيعى ، أو إلى اعتبار اقتصادى .

فعلى أساس اختلاف العقارات عن المنقولات من حيث الطبيعة تختلف الأحكام القانونية لكل منهما فى حالات كثيرة أهمها ما يأتى :

(١) أدى ثبات العقارات إلى إمكان تنظيم شهر التصرفات القانونية التى ترد عليها كوسيلة لحماية الغير . فالتصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله لايترتب عليها هذا الأثر ، لابين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، إلا إذا شهرت بطريق التسجيل (م ٩ من قانون الشهر العقارى) . والتصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية لاتنتج أثرها بالنسبة إلى الغير إلا إذا شهرت بطريق القيد (م ١٢ من قانون الشهر العقارى) . ويتم الشهر ، سواء بطريق التسجيل أو بطريق القيد ، فى سجل معد لذلك بمكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه . وبذلك يستطيع الغير الذى يريد التعامل فى العقار أن يعرف مالكه وأن يتبين ما عليه من حقوق للآخرين .

أما المنقولات فليس لها مكان ثابت تستقر فيه ، وهذا يحول دون إمكان شهر التصرفات التى ترد عليها، حيث يتعذر تركيز إجراءات الشهر فى مكتب معين على نحو ما يجرى بالنسبة إلى العقار .

(٢) نظرا إلى تعذر تنظيم شهر التصرفات التى ترد على المنقول لحماية الغير الذى يتعامل فيه ، فقد وجدت قاعدة تتحق بها هذه الحماية اقتضتها ضرورة استقرار المعاملات : وهى القاعدة التى يعبر عنها بأن « الحيازة فى المنقول سند الحائز » . وقد نصت عليها المادة ٩٧٦ فقرة أولى من التقنين المدنى فقالت : « من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا إذا كان حسن النية وقت حيازته » (١) . فإذا اشترى شخص منقولا من غير مالكه معتقدا أن البائع هو المالك ، وتسلم المنقول ، فإنه يصبح مالكا للمنقول ، بحيث يستطيع إذا ما طالبه المالك الحقيقى أن يدفع هذه المطالبة بأنه تملك المنقول بمقتضى تلك القاعدة .

(٣) هناك حقوق من قبيل التأمينات العينية التى تتقرر للدائن لا يمكن أن ترد إلا على عقار : كالرهن الرسمى وحق الاختصاص : ويرجع ذلك إلى أن حماية الغير عند

(١) انظر فى تفصيل هذه القاعدة كتابنا فى حق الملكية طبعة سنة ١٩٦٤ ، فقرة ٤٣٦ وما بعدها .

التعامل تتحقق إما عن طريق شهر التصرف الذى يرد على الشىء، أو عن طريق نقل الحيازة ، كما رأينا . وإذ كانت تلك الحقوق لاتؤدى إلى انتقال الشىء المحمل بها إلى حيازة الدائن ، بل يبقى الشىء فى حيازة المالك ، فإنها لايمكن أن تنشأ إلا على عقار ، حيث تكون الوسيلة الوحيدة لحماية الغير فى هذه الحالة هى شهر التصرف الذى يرد على العقار ، والعقارات وحدها هى التى يمكن شهر ما يرد عليها من تصرفات .

(٤) يختلف دور الحيازة فى تملك العقار عنه فى تملك المنقول اختلافا كبيرا : حيث لاتؤدى الحيازة إلى تملك العقار إلا فى حالة التقادم ، وفى غير هذه الحالة يكفى المالك أن يقيم الدليل على حقه كى يسترد العقار . بينما تؤدى الحيازة إلى تملك المنقول فى الحال دون حاجة إلى تقادم إذا توافر لدى الحائز حسن النية والسبب الصحيح ، ولا يكفى المالك أن يقيم الدليل على حقه كى يسترد المنقول ، بل يتعين عليه فوق ذلك أن يثبت عدم توفر الشروط المطلوبة لدى الحائز : فالتمييز بين الملكية والحيازة يبدو واضحا فيما يتعلق بالعقار ، ولكنه يضعف كثيرا فيما يتعلق بالمنقول ، بحيث تبدو الحيازة فى المنقول وكأنها تخول الحائز الملكية : وهذا هو المعنى الذى تعبر عنه القاعدة المعروفة التى تقول إن « الحيازة فى المنقول سند الحائز » .

(٥) ترتب على الفارق السابق أن الشارع يحمى حيازة العقار لذاتها بصرف النظر عما إذا كانت مستندة إلى حق ، وذلك بمقتضى دعاوى الحيازة (م٩٥٨ — ٩٦٢ مدنى) : أما فيما يتعلق بحيازة المنقول فإن القاعدة التى تقول إن « الحيازة فى المنقول سند الحائز » لاتدع مجالا لحماية الحيازة لذاتها بصرف النظر عن أصل الحق ، إذ أن من شأن هذه القاعدة أن تربط بين الحيازة والحق بحيث لايمكن الفصل بينهما ، ومن ثم فليست هناك دعاوى حيازة بالنسبة إلى المنقول .

(٦) نظرا إلى ثبات العقارات يتحدد الاختصاص المحلى للمحاكم بالنسبة إلى الدعاوى العقارية على أساس محل العقار : فالدعاوى العينية العقارية تختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار (م ٥٦ /١ مرافعات) : والدعاوى الشخصية العقارية تختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه (م ٥٦ /٢ مرافعات) . أما الدعاوى المنقولة ، شخصية كانت أو عينية ، فتختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها

موطن المدعى عليه (م ٥٥ مرافعات) ، إذ ليس للمنقول مكان ثابت يستقر فيه حتى يمكن تحديد الاختصاص القضائى على أساسه .

وعلى أساس اعتبار العقارات أكبر قيمة وأكثر أهمية من المنقولات من الناحية الاقتصادية تختلف الأحكام القانونية لكل منهما كذلك فى حالات نذكر منها مايأتى :

١ — نصت المادة ٤٢٥ فقرة أولى من التقنين المدنى على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لاتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » . فبمقتضى هذا النص تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش فى البيع على حالة بيع عقار مملوك لشخص لاتتوفر فيه الأهلية. فهى لاتكون مقبولة فى حالة بيع المنقول .

٢ — تختلف سلطة الوصى فى إبرام التصرفات القانونية عن القاصر بحسب ما إذا كان التصرف متعلقا بعقار أو منقول . فقد رأينا أن الوصى يتعين عليه الحصول على إذن من المحكمة فى إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى ، وفى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة (م ٣٩ من قانون الولاية على المال)(١) . بينما لا يوجد قيد من هذا القبيل على سلطة الوصى فى إيجار المنقول .

٣ — عند تصفية التركة توفى ديونها أولا من ثمن ما فيها من منقول : فلا تباع العقارات لوفاء هذه الديون من ثمنها إلا إذا لم تكن المنقولات كافية (م٨٩٣/١مدنى).

٤ — يقيد القانون أهلية الجمعيات فى كسب الحقوق التى ترد على العقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله مالم تحصل على اذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة(م ١/٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة)(٢) . ولا يرد هذا القيد بالنسبة إلى الحقوق التى تكسب على المنقولات .

٥ — فيما يتعلق باجراءات التنفيذ يفرق الشارع فى قانون المرافعات بين الحجز على المنقول والتنفيذ على العقار ، فيرسم للأول إجراءات أكثر سرعة وأقل تعقيدا من إجراءات الثانى :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٢٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧١ .

المطلب الثانى

الأشياء القابلة والأشياء غير القابلة للاستهلاك

٤٠٩ – التفرقة وأساسها :

نصت المادة ٨٤ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها . ٢ — فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع » .

فالأشياء القابلة للاستهلاك **Choses consomptibles** هى الأشياء التى لا ينتفع بها إلا باستهلاكها ، فهى تستهلك بمجرد الاستعمال . ولذلك عرفها النص المذكور بأنها الأشياء التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو إنفاقها .

والاستهلاك قد يكون ماديا أو قانونيا . فالاستهلاك المادى تنقضى به مادة الشيء أو تتغير ذاتيته ، ومثل ذلك أن استعمال المواد الغذائية بأكلها يؤدى إلى انقضاء مادتها ، واستعمال الأقمشة بتحويلها إلى ملابس يؤدى إلى تغيير ذاتيتها . والاستهلاك القانونى يكون بالتصرف فى الشيء إلى الغير ، ومثل ذلك أن استعمال النقود يكون بإنفاقها .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك **Choses non consomptibles** فهى الأشياء التى ينتفع بها دون أن تستهلك ، فهى لاتستهلك بمجرد الاستعمال ، وإنما تبقى ذاتيتها ، وإن بليت على طول الزمن بتكرار الاستعمال ، كالمنازل والعربات والأثاث .

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشيء . فكون الشيء قابلا للاستهلاك أو غير قابل له تكون العبرة فيه ، بحسب الأصل ؛ بالاستعمال الذى يعد له وفقا لطبيعته . غير أن إرادة الأفراد تستطيع أن تغير من هذا الوضع الذى يقوم على طبيعة الشيء ، فتجعل من الشيء القابل للاستهلاك شيئا غير قابل له ، وكذلك العكس . ويتحقق ذلك إذا خصص الشيء لاستعمال غير الذى أعد له بحسب طبيعته . مثل ذلك أن النقود بطبيعتها أشياء قابلة للاستهلاك ، فهى تعد فى العادة للإنفاق ، ولكنها قد تعار

لصراف يعرضها مدة من الزمن ثم يردها ، فتكون فى هذه الحالة غير قابله للاستهلاك .
كذلك الكتب تعتبر بطبيعتها أشياء غير قابلة للاستهلاك ، ولكن قديعير صاحب مكتبة نسخة من كتاب لصاحب مكتبة أخرى كى يبيعها ويرد له مثلها ، فنى هذه الحالة يكون الكتاب شيئا قابلا للاستهلاك . وتطبيقا لذلك جاء فى الفقرة الثانية من النص المذكور أنه يعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع .

وعليه تكون العبرة فى التفرقة بالاستعمال الذى يعد له الشىء ، سواء كان هذا الاستعمال هو الذى يعد له الشىء عادة بحسب طبيعته ، أوكان هو الذى يعد له الشىء بحسب ما خصصته له إرادة الأفراد . ونص المادة ٨٤ مدنى الذى ذكرناه يشمل هاتين الحالتين .

٤١٠ — أهمية التفرقة :

يتضح من التفرقة التى ذكرناها أن الأشياء القابلة للاستهلاك تختلط بالنسبة إليها سلطة الاستعمال بسلطة التصرف ، بحيث لايمكن أن يثبت للشخص عليها سلطة الاستعمال دون سلطة التصرف . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(١) لاتصلح الأشياء القابلة للاستهلاك محلا للحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة استعمال الشىء دون التصرف فيه . ولذلك لايرد حق الانتفاع إلا على شىء غير قابل للاستهلاك . إذ أن حق الانتفاع يخول المنتفع استعمال الشىء واستغلاله دون التصرف فيه ، ويوجب على المنتفع أن يرد الشىء بعينه عند انتهاء حق الانتفاع . أما الشىء القابل للاستهلاك فيصح أن يرد عليه شبه حق الانتفاع ، حيث لا يلزم المنتفع إلا برد بدل الشىء أى مثله عند انتهاء حقه (م ٩٩٢/٢ مدنى) .

(٢) كذلك لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك لأن ترد عليها العقود التى تخول من صدرت اليه حقا شخصيا يستطيع بمقتضاه أن يستعمل الشىء على أن يرده عند انتهاء العقد . ولذلك لا يرد عقد العارية إلا على شىء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن هذا العقد يخول المستعير أن يستعمل الشىء على أن يرده بعد الاستعمال (م ٦٣٥ مدنى) . إنما يصلح

الشىء القابل للاستهلاك لأن يرد عليه عقد قرض ، حيث تنتقل بموجب هذا العقد ملكية مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر إلى المقترض على أن يرد عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته (م ٥٣٨ مدنى) .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٤١١ - التفرقة وأساسها :

الأشياء المثلية Choses fongibles أو المثليات هى الأشياء التى لاتتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ، ويكون لها نظائر فى الأسواق ، ولذلك يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . فهى أشياء تجرى العادة على تعيينها فى التعامل بالعدد كالنقود ، أو المقاس كالقماش من نوع معين ، أو الكيل كالحبوب من نوع معين ، أو الوزن كالقطن من نوع معين. وقد نصت عليها المادة ٨٥ من التقنين المدنى فقالت : « الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » . ويلاحظ على هذا النص أن ما يقوله من قيام بعض الأشياء المثلية مقام بعضها عند الوفاء لا يحدد معنى المثلية ، وإنما يبين الأثر الذى يترتب عليها . أما معنى المثلية فهو ما قلناه من أن الأشياء لا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ، حيث تكون لكل واحد منها ذات القيمة تقريبا .

أما الأشياء القيمية Choses non fongibles أو القيميات فهى الأشياء التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ، ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، كالأراضى والمنازل والحيوانات . وقد لا تتفاوت آحاد الشىء ، ولكن لايوجد له نظير فى الأسواق ، فيعتبر قيميا ، كنسخة وحيدة من كتاب لم يعد فى السوق غيرها .

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشىء ، بمعنى أن يكون معيار التفرقة بين المثلى والقيمى معيارا ماديا . فالمثلى هو ما يوجد مثله بدون تفاوت

يعتد به : والقيمى هو مالا يوجد له مثل ، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به فى القيمة . على أن إرادة الأفراد قد تغير من هذا الوضع الذى يقوم على طبيعة الشىء ، فيصبح معيار التفرقة حينئذ معيارا شخصيا . فإذا اتجهت ارادة العاقدين إلى شىء مثلى بعينه فلا يقع الوفاء إلا به ، حتى ولو وجد له نظائر فى الأسواق ، وحينئذ يكون الشىء قيميا ، كما فى حالة إعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بذاته . وقد تجعل الإرادة من شىء قيمى بطبيعته شيئا مثليا ، كما فى حالة قيام شركة بتقسيم أرض معدة للبناء إلى قطع متماثلة. فإذا تعهدت الشركة فى هذا الفرض ببيع إحدى القطع دون تحديد لقطعة معينة بذاتها ، فإن ذمتها تبرأ بإعطاء أى من هذه القطع .

وبذلك تتضح الطريقة التى يعين بها الشىء فى التعامل : فالأشياء المثلية تعين بنوعها ومقدارها ، نظر إلى ما هناك من تماثل بين أفرادها ، كالقمح يذكر من نوع هندى وأن مقداره مائة أردب . والأشياء القيمية تعين بذاتها ، فيوصف الواحد منها بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها. وعلى هذا النحو يوجد تطابق وارتباط بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية ، وتقسيمها إلى معينة بالنوع ومعينة بالذات . فالتقسيم الأول يقوم على صفة فى الشىء من حيث هو مثلى أو قيمى ، والتقسيم الثانى يتعلق بطريقة تعيين الشىء عند التعامل ، ولكن التعيين يتم فى ضوء الصفة التى تثبت للشىء سواء بحكم طبيعته أو بحسب نظرة المتعاقدين إليه .

وهناك تقارب بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية ، وتقسيمها إلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك . إذ الغالب أن تكون الأشياء المثلية قابلة للاستهلاك كالحبوب ، وأن تكون الأشياء القيمة غير قابلة للاستهلاك كالمنازل. غير أنه لا يوجد تطابق تام بين التقسيمين ، ومن ثم يجب عدم الخلط بينهما . فهناك من الأشياء المثلية ما يكون غير قابل للاستهلاك كالكتاب إذا طبعت منه نسخ عديدة . وهناك من الأشياء القيمية ما يكون قابلا للاستهلاك كتحفة فنية فريدة تعرض فى متجر للبيع ، أو مقدار من محصول لا نظير له فى السوق .

٤١٢ - أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية فى حالات كثيرة نذكر منها ما يأتى :

(١) فيما يتعلق بالوفاء ، إذا التزم المدين باعطاء شيء مثلى تعين بنوعه فإن الوفاء يتم إذا أعطى المدين أى شيء من ذات النوع . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فلا تبرأ ذمة الدين إلا بالوفاء بهذا الشيء ذاته .

(٢) إذا التزم المدين باعطاء شيء مثلى تعين بنوعه فلا ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ ، حتى لو كان لديه كية من هذا الشيء يعتمد عليها فى الوفاء وهلكت ، كما لو باع مقدارا من القمح معتمدا فى الوفاء بالتزامه على ما يوجد فى مخزنه من قمح ثم احترق المخزن بما فيه . ذلك أن المثليات يوجد لها نظائر فى الأسواق ، فيكون فى استطاعة المدين أن يحصل منها على ما يفى به . وهذا هو المعنى الذى جرى التعبير عنه فى أقلام الفقهاء بأن « المثليات لا تهلك » . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فإن هلاك هذا الشيء بسبب لا يد للمدين فيه يؤدى إلى انقضاء التزامه لاستحالة التنفيذ .

(٣) إذا التزم المدين باعطاء شيء مثلى تعين بنوعه فلا ينشأ للدائن حق عينى على هذا الشيء إلا بافرازه ، لأنه حينئذ يتعين محل الحق العينى بذاته . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فان الحق العينى ينشأ للدائن بمجرد نشوء الالتزام إذا كان الشيء مملوكا للملتزم ، وذلك مالم يكن الشيء عقارا حيث لا ينشأ حق الدائن إلا بالتسجيل .

(٤) لا تقع المقاصة القانونية إلا بين دينين متقابلين محل كل منهما اعطاء نقود أو مثليات متحدة فى النوع والجودة (م ٣٦٢ مدنى) .

الباب الرابع

مصادر الحق

٤١٣ – المقصود بمصدر الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ؛ فلا يثبت للشخص من حقوق إلا ما يقرره القانون . وبهذه المثابة يعتبر القانون مصدرا لجميع الحقوق ؛ ولكن القانون فى تقريره للحقوق يجعل كسبها رهينا بتوفر أوضاع معينة يترتب عليها نشوء الحق . وعلى هذا النحو تكون هذه الأوضاع التى يتطلبها القانون هى المصدر المباشر للحق ، بينما يكون القانون هو المصدر غير المباشر ؛ فالشخص إذا اشترى شيئا من مالكه كسب ملكية هذا الشىء ، وفى هذه الحالة يكون المصدر المباشر لحق الملكية هو عقد البيع ، أما القانون فهو المصدر غير المباشر .

والمصادر المباشرة بهذا المعنى هى التى تقصد فى هذا المقام ، وهى التى ينصرف إليها اصطلاح مصادر الحق ؛

٤١٤ – الواقعة القانونية :

يطلق على المصادر المباشرة للحق بالمعنى الذى ذكرناه الوقائع القانونية ؛

والواقعة القانونية fait juridique هى أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا . هى بعبارة أخرى أية حادثة ، إرادية أو غير إرادية ، يكون من شأنها أن تعدل الوضع القانونى القائم ؛ فليس كل ما يقع من حوادث يعتبر وقائع قانونية ؛ بل إن حادثة بعينها قد تكون واقعة قانونية فى حالة ، بينما تكون فى حالة أخرى مجرد واقعة لا يترتب عليها

أثر ما . فالعبرة فى اعتبار حادثة معينة واقعة قانونية بأن يرتب عليها القانون أثرا. فقد يقع زلزال فى وقت ، فيكون وقوعه قوة قاهرة تعفى المدين من الوفاء بالتزامه ، وقد يحدث ذلك فى وقت آخر فلا يترتب عليه أثر .

وتعتبر الواقعة القانونية بهذا المعنى مصدرا لكافة الآثار القانونية أيا كان نوعها . ومن ثم فلا يقتصر أثرها على إنشاء الحق ، بل يترتب عليها كذلك نقله أو تعديله أو انقضاؤه .

وتنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ، ووقائع من فعل الإنسان :

(١) فالوقائع الطبيعية faits naturels هى التى تكون من عمل الطبيعة ، بحيث تكون مستقلة عن نشاط الشخص : فهى تشمل الظواهر الطبيعية ، كغروب الشمس. فقد يترتب عليه انقضاء ميعاد قانونى . وتشمل الحوادث العارضة ، كفيضان نهر أو انفجار آلة فى مصنع ، فقد يكون الأول قوة قاهرة وقد يكون الثانى حادثا مفاجئا، وكلاهما يعفى المدين من الوفاء بالتزامه . وتشمل الوقائع التى تأتى من الجماد أو النبات أو الحيوان ، فالجوار ينشىء التزامات بين ملاك العقارات المتجاورة ، ونضوج غلة الأرض قد يحدد انتهاء عقد الإيجار ، ونتاج المواشى التى يرعاها غير مالكها قد يكون شركة بين المالك والراعى . وتشمل الحوادث التى تكون متصلة بالإنسان ، ولكن لايدله فى وقوعها ، كالولادة التى تبدأ بها شخصية الإنسان ، والموت الذى تنتهى به الشخصية وتنشأ للورثة حقوق ، والقصر الذى يؤثر على أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية .

(٢) والوقائع التى من فعل الإنسان faits de l. homme هى التى يكون للإنسان دخل فى وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه أو عن إرادة . وهى على نوعين : أعمال مادية ، وأعمال أو تصرفات قانونية .

(ا) فالأعمال المادية actes matériels هى التى تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثرا بصرف النظر عن إرادة صاحبها. فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم تتجه إلى إحداث أثر ما فإن القانون هو الذى يرتب على هذه الأعمال أثرها . فالشخص يأتى فى حياته أعمالا مادية كثيرة لايدخل منها

فى نطاق الوقائع القانونية إلا الأعمال التى يترتب عليها أثر قانونى . وهذه الأعمال المادية ذات الأثر القانونى قد يريدها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها ، كما إذا قام بعمل نافع أثرى به الغير على حسابه دون سبب ، بأن قام مثلا باصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزما بذلك ، فإن الجار يلتزم حينئذ بأن يرد إليه ما أنفقه : وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر الذى لحق المضرور . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن اهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته ، فإنه يلتزم كذلك بالتعويض عن الضرر الذى يلحق المصاب . والحكم فى هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذى يترتب على العمل المادى إنما يقع بقوة القانون كيفما كانت إرادة الشخص الذى صدر منه هذا العمل .

ب — أما الأعمال أو التصرفات القانونية actes juridiques فهى أعمال الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين. حيث تعتمد فى وجودها وفى آثارها على إرادة الشخص . وهى إما تصرفات صادرة من جانبين ، أى عقود تتم بتوافق إرادتين ، كالبيع والإيجار والوكالة ، أو تصرفات صادرة من جانب واحد ، أى تصرفات انفرادية تنعقد بإرادة واحدة ، كالوصية والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور : والأمر الجوهرى فى هذه التصرفات أن قوامها الإرادة وأن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون : فهذه الآثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

٤١٥ — التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانونى :

يتضح مما تقدم الفارق بين التصرفات القانونية وما عداها من الوقائع القانونية :

فالتصرفات القانونية قوامها الإرادة ، وآثارها تترتب لأن الإرادة قد اتجهت إلى ترتيبها : أما الوقائع الطبيعية التى تكون من عمل الطبيعة والأعمال المادية التى تكون من فعل الإنسان فقوامها واقعة مادية ، سواء تدخلت فيها إرادة الشخص أو لم تتدخل ، وآثارها يستقل القانون بترتيبها بصرف النظر عن إرادة الشخص :

ومن هذا يمكننا أن نجمع بين الوقائع الطبيعية والأعمال المادية تحت تسمية واحدة هى الوقائع المادية للمقابلة بينها وبين التصرفات القانونية(١) . وذلك لاختلاف الأحكام التى يخضع لها كل من الطائفتين .

وهناك من الوقائع القانونية ما يجمع بين العنصر المادى والعنصر الإرادى معا ، بحيث لايترتب أثرها القانونى إلا بوجود واقعة مادية واتجاه الإرادة إلى ترتيب هذا الأثر ، وهذه هى الوقائع المركبة والوقائع المختلطة. فإذا كانت الواقعة القانونية تتكون من واقعة مادية وتصرف قانونى كانت واقعة مركبة ،حيث تجرى على كل من العنصرين أحكامه الخاصة به . ومثلها الشفعة ، ففيها يتم بيع العين المشفوع فيها مع قيام الشيوع أو الجوار وهذا كله من قبيل الوقائع المادية ، كما يوجد إلى جانب ذلك إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . وإذا كانت الواقعة القانونية يختلط فيها العنصر المادى بعنصر الإرادة كانت واقعة مختلطة ، حيث تتحدد طبيعتها بحسب العنصر الغالب فيها . ومثلها الاستيلاء ، ففيه تختلط الحيازة المادية بنية التملك ، ولكن العنصر المادى هو الغالب، ولذلك يعتبر الاستيلاء من قبيل الوقائع المادية . ومثلها كذلك الوفاء ، إذفيه يختلط تسليم الشىء الواجب أداؤه وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على قضاء الدين وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هو الغالب ، ومن ثم يعتبر الوفاء من قبيل التصرفات القانونية(٢) .

---

(١) يجرى كثير من الفقهاء على استعمال اصطلاح الوقائع القانونية بمعنيين: الأول هو المعنى الواسع على اعتبار أن الوقائع القانونية تعبير يشمل المصادر جميعها ، وهو المعنى الذى راعيناه فى المتن . والثانى هو المعنى الضيق للدلالة على الوقائع المادية فحسب . وبذلك فهم فى أخذهم بهذا المعنى الضيق يقسمون المصادر إلى وقائع قانونية وتصرفات قانونية

ولكننا آثرنا الاتجاه الآخر فى الفقه توخيا للوضوح والدقة. فجرينا على أن اصطلاح الوقائع القانونية تعبير عام يشمل المصادر جميعها ، بحيث تنقسم هذه المصادر إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية .

(٢) صاحب هذا التمييز بين الوقائع المركبة والوقائع المختلطة الاستاذ السنهورى (الوسيط ج ١ ، الطبعة الثانية ص ١٤٥ فى الهامش) .

٤١٦ – أهمية التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانونى :

يخلص مماذكرناه أن الوقائع القانونية هى مصادر الروابط القانونية : فهذه المصادر إما أن تكون واقعة مادية أو تكون تصرفا قانونيا. ولهذا التمييز أهميته من حيث اختلاف الأحكام التى تسرى على كل من النوعين من المصادر .

فالتصرف القانونى قوامه الإرادة ، ولذلك ينفرد بالأحكام التى تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها وشروط صحتها والشكل الذى يجب أن تفرغ فيه فى بعض الحالات ومشروعية السبب الذى يدفعها والمحل الذى تنعقد عليه :

ومن وجوه الاختلاف الهامة كذلك فى هذا الصدد ما يتعلق بالإثبات . فالأصل فى الوقائع المادية أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة وبالقرائن . بينما الأصل فى التصرفات القانونية أن يكون إثباتها بالكتابة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . ذلك أن الوقائع المادية لا تسمح طبيعتها لصاحب الحق المترتب عليها أن يعنى بتهيئة دليل كتابى فى شأنها ، ولذلك كان الأصل فيها هو جواز إثباتها بجميع الطرق . فمثلا إذا طلب شخص تعويضاً عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت عنده ، فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابى لإثبات الجريمة ، وإنما يكون له أن يثبتها بكل طرق الإثبات . أما التصرفات القانونية فهى عبارة عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى ، فهى تعتمد فى وجودها وفى مدى آثارها على إرادة الشخص ، وبهذا تسمح طبيعتها أن يستلزم الشارع الدليل الكتابى فى إثباتها وأن يستبعد البينة والقرائن. فالعقود مثلا ، كالبيع والإيجار والوكالة ، وهى تصرفات يبرمها الأفراد فيما بينهم ، تجب الكتابة فى إثباتها بحسب الأصل(١) :

وسنتكلم فيما يلى عن الواقعة المادية ، ثم عن التصرف القانونى .

---

(١) راجع فى هذا كتابنا فى الإثبات فقرة ٢٢ و ١٩٠ .

الفصل الأول

الواقعة المادية

٤١٧ – أهمية الواقعة المادية وآثارها :

لم يهتد الفقه حتى اليوم إلى وضع نظرية عامة تنتظم الوقائع المادية على اختلاف أنواعها على نحو ما فعل بالنسبة إلى التصرفات القانونية. ولعل مرد ذلك إلى ما ظفر به التصرف القانونى من اهتمام كان له أثره فى الحد من السعى نحو الكشف عن العناصر المشتركة بين الوقائع المادية المختلفة : مع أن الوقائع المادية لا تقل فى أهميتها عن التصرفات القانونية ، حيث تترتب عليها آثار قانونية كثيرة .

وقد رأينا أن الواقعة المادية قد تكون واقعة طبيعية وقد تكون من عمل الإنسان ، وأنها فى الحالين واقعة مادية فى جوهرها سواء تدخلت فيها أرادة الشخص أو لم تتدخل ، بحيث يرتب القانون عليها آثارها بصرف النظر عن إرادة الشخص إذا كانت هناك ثمة إرادة : فآثار الوقائع المادية متنوعة بحيث يدخل فيها كل أنواع الحقوق :

فقد تكون الواقعة المادية مصدرا للحقوق السياسية :كما هى الحال عند بلوغ سن معينة، وهو واقعة طبيعية ، حيث يثبت للشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح أو تولى وظيفة معينة .

وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية . فالانتاج الفكرى واقعة مادية من فعل الإنسان تجعل للمؤلف الحق فى أن ينسب إليه مصنفه ، وهذا حق أدبى من حقوق الشخصية،

وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة . فالبنوة ، وهى واقعة طبيعية، تكون مصدرا لحقوق متبادلة بين الأب والإبن .

وقد تكون مصدرا للحقوق الشخصية . وأبرز الوقائع فى هذا المجال واقعتان هامتان عنى بهما الشارع ، وهما الفعل الضار والفعل النافع ، وكلاهما واقعة مادية من فعل الإنسان .

فالفعل الضار أو العمل غير المشروع ، يترتب عليه إلزام من ارتكبه بتعويض الضرر الذى نجم عنه (م ١٦٣ مدنى) ، فيصبح المضرور دائنا بالتعويض . مثل ذلك أن يتلف شخص مال غيره ، حيث يجب عليه فى هذه الحالة أن يدفع للمضرور تعويضا عما لحقه من ضرر .

والفعل النافع أو الإثراء على حساب الغير بلا سبب يتحقق إذا وقع فعل ترتب عليه افتقار شخص وإثراء شخص آخر دون سبب قانونى ، فيجب على المثرى أن يرد إلى المفتقر قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة (م ١٧٩ مدنى) ، أى أنه يرد أقل القيمتين ، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما افتقر به الغير . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بترميمات فى العين المؤجرة واجبة على المؤجر ، فيكون على هذا الأخير أن يرد إلى المستأجر ما أنفقه فى حدود ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه الترميمات . وهناك تطبيقان هامان للإثراء بلا سبب نظمهما الشارع بأحكام خاصة : الأول هو دفع غير المستحق ، وهو عبارة عن الوفاء بدين غير واجب على الموفى دون أن تكون لديه نية الوفاء بدين على غيره . ويترتب عليه التزام فى ذمة الموفى له بأن يرد ما أخذه بدون حق إلى الموفى (م١٣١ / ١ مدنى) . والثانى هو الفضالة ، وهى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن ضرورى لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك . كأن يقوم شخص بإقامة جدار يوشك أن ينقض فى بيت جاره الغائب ، أو يبادر إلى إسعاف ابن هذا الجار من إصابة مفاجئة . ويترتب على الفضالة أن يكون رب العمل ، وهو الذى تم العمل لحسابه ، ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى ، وهو الذى قام بالعمل ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) .

وبالإضافة إلى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب توجد وقائع مادية أخرى كثيرة لها آثارها فى مجال الالتزامات . من ذلك أن القرابة يترتب عليها فى حالات معينة الالتزام بالنفقة . والجوار يترتب عليه فيما بين الملاك المتجاورين أن يكون لكل منهم أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (م ٨١٣ مدنى) . ووفاة الدائن

يترتب عليها انتقال حقه إلى ورثته . والقوة القاهرة التي يستحيل بسببها تنفيذ الالتزام يترتب عليها انقضاء هذا الالتزام (م ٣٧٣ مدنى) .

كذلك قد تكون الواقعة المادية مصدرا للحقوق العينية(١) . فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، ينشىء للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال مورثه . والاستيلاء على منقول لامالك له ، وهو واقعة مادية مختلطة ، يترتب عليه كسب ملكية هذا المنقول (م ٨٧٠ مدنى) . والالتصاق ، وهو اتحاد أو اندماج شيئين اندماجا ماديا سواء كان ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، يترتب عليه أن يكسب مالك الشىء الأصلى ملكية الشىء الذى التصق به . ومثل الالتصاق بفعل الطبيعة ، وهو الذى يقال له الالتصاق الطبيعى ، أن تزيد مساحة الأرض بتراكم الطمى الذى يحمليه النهر إلى جوارها ، فتصبح الزيادة ملكا لصاحب الأرض (م ٩١٨ مدنى) . ومثل الالتصاق بفعل الإنسان ، وهو الذى يقال له الالتصاق الصناعى ، أن يبنى شخص فى أرض الغير ، فيصبح البناء ملكا لصاحب الأرض على أن يدفع للبانى تعويضا يختلف مقداره بحسب ما إذا كان البانى سيىء النية أم حسن النية (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى) . والشفعة واقعة مركبة كما سبق أن رأينا ، وهى سبب لكسب الملكية والانتفاع والحكر . والحيازة واقعة مادية مختلطة ، ففيها يختلط وضع اليد المادى بنية التملك ، ولكن العنصر المادى هو الغالب ، ولذلك تعتبر الحيازة من قبيل الوقائع المادية . ويترتب عليها إمكان كسب ملكية العقار إذا استمرت مدة معينة يختلف مقدارها بحسب ما إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح أم لم تكن كذلك (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) . كما يترتب عليها كسب ملكية المنقول فى الحال إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح (م ٩٧٦ مدنى) .

وقد تكون مصدرا للحقوق المعنوية . فالخلق الذهنى واقعة مادية من فعل الإنسان كما قلنا ، ويترتب عليه ثبوت حق الشخص على إنتاجه الذهنى سواء من الناحية الأدبية أو من الناحية المالية .

---

(١) راجع كتابنا فى حق الملكية الطبعة الثانية فقرة ٢٣٢ وما بعدها .

الفصل الثانى

التصرف القانونى

٤١٨ – تعريف أهمية التصرف القانونى :

التصرف القانونى هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين . فالتصرف فى جوهره إرادة، وآثاره تحددها هذه الإرادة. وبذلك يتميز التصرف عن الواقعة المادية، فهذه الواقعة مادية فى جوهرها ولو حصل فى بعض الصور أن تدخلت الإرادة فى وجودها، وآثارها يحددها القانون بصرف النظر عن الإرادة إذا كانت هناك ثمة إرادة .

والتصرف القانونى إما أن ينعقد بتوافق إرادتين ، وهذا هو العقد ؛ وهو أهم صورة للتصرف فى الحياة العملية . ومثله عقد البيع ، فهو ينعقد بتوافق إرادتى البائع والمشترى ، حيث تتجه إرادة البائع إلى نقل ملكية المبيع ، وتتجه إرادة المشترى إلى الالتزام بالثمن : وإما أن ينعقد بإرادة واحدة، وهذا هو التصرف بإرادة منفردة : ومثله الوصية ، فهى تنعقد بإرادة الموصى وحدها دون حاجة إلى قبول الموصى له كى يتم هذا الانعقاد ، وفيها تتجه إرادة الموصى إلى تمليك الموصى له الشىء الموصى به تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت .

وقد ظفر التصرف القانونى باهتمام بالغ أدى إلى وضع نظرية عامة يرتد إليها فى صورة المختلفة . وقد وردت هذه النظرية فى بعض التشريعات ، أو لها التقنين الألمانى الذى طبق فى سنة ١٩٠٠ ، ثم سار على هذا النهج كثير من التشريعات الحديثة .

وكان هذا الاهتمام موجها فى أول الأمر إلى العقد باعتباره أهم التصرفات القانونية. ولذلك فإن كثيرا من التشريعات ، ومن بينها التقنين المصرى، قد ذكر أحكام التصرف القانونى بمناسبة تنظيمه للعقد :

وسنعرض بإيجاز أنواع التصرف القانونى وشروطه وآثاره .

الفرع الأول
أنواع التصرف القانونى

٤١٩ – تقسيمات متعددة :

للتصرف القانونى تقسيمات عديدة بحسب الوجهة التى ينظر إليه من خلالها .

فهو ينقسم من حيث الأثر الذى يعود على من أبرمه إلى تصرف نافع نفعا محضا وتصرف ضار ضررا محضا وتصرف دائر بين النفع والضرر . وقد سبق أن عرضنا لهذا التقسيم فى كلامنا عن الأهلية(١) ، ورأينا ما له من أهمية بالغة فيما يتعلق بأهلية الشخص للتصرف فى ماله إذا كان قاصرا أو أصابه عارض من عوارض الأهلية ، وكذلك فيما يتعلق بأحكام الولاية على المال .

ويقرب من هذا التقسيم تقسيم التصرف القانونى إلى تصرف يعوض acte àtitre onérenx أى معاوضة ، وتصرف بدون عوض acte ātitre qratuit أى تبرع . فالأول هو الذى يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما أعطاه كالبيع والإيجار ، والثانى هو الذى يعطى فيه المتصرف ولا يأخذ كالهبة والوصية : ولهذا التقسيم أهميته فيما تعلق بأحكام الدعوة البولصية (م ٢٣٨ مدنى) ، وهى دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة فى حق الدائن . فإذا كان تصرف المدين بعوض اشتراط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف تبرعا فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا وكان من صدر له التبرع حسن النية :

وينقسم التصرف القانونى كذلك من حيث الوقت الذى تترتب فيه آثاره إلى تصرف فيما بين الأحياء acte antre vifs ، وتصرف مضاف إلى مابعد الموت acte àcause de most : فالأول هو الذى تترتب آثاره حال حياة صاحبه أو أطرافه بحيث لا يكون

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٠٢ .

ترتيبه لهذه الآثار رهينا بموته أو بموتهم ، كالهبة والبيع والإيجار . والثانى هو الذى لاينتج آثاره إلا بعد موت صاحبه ، كالوصية ، فهى لا تنتج أثرها فى نقل الحق الموصى به إلا بعد موت الموصى . وتبدو أهمية هذا التقسيم من وجهين : الأول أن التصرف المضاف إلى ما بعد الموت يكون تصرفا غير لازم ، بمعنى أنه يجوز للموصى أن يصر على وصيته أو يرجع عنها حال حياته (م ١٨ من قانون الوصية) ، ويجوز للموصى له أن يقبلها أو يردها بعد موت الموصى (م ٢٠ من قانون الوصية) . والثانى أن من يبرم هذا التصرف تكون حريته مقيدة فى تصرفه حتى لا يضر بما لورثته من حقوق فى أمواله ، حيث جعل الشارع القدر الذى تنفذ فيه الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة هو ثلث التركة ، أما فيما يزيد على هذا الثلث فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى (م ٣٧ من قانون الوصية) .

وهناك تقسيمان آخران على جانب من الأهمية نتناولهما فيما يلى : الأول هو تقسيم التصرف إلى تصرف صادر من جانب واحد وتصرف صادر من جانبين . والثانى تقسيمه إلى تصرف منشئ وتصرف كاشف أو مقرر :

٤٢٠ — التصرف الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبين :

هذا تقسيم للتصرف القانونى من حيث تكوينه . فقد يتم التصرف بارادة منفردة ، حيث يبرمه شخص واحد يعمل بوصف واحد(١)، فيقال له تصرف صادر من جانب واحد acte unilatéral . ومن أمثلته الوصية تنعقد بارادة الموصى وحده ، والوقف يتم بإرادة الواقف ، والإبراء من الدين يتم بإرادة الدائن وحده ، والنزول عن الحق العينى يتم بإرادة صاحب الحق كالنزول المنتفع عن حقه فى الانتفاع أو نزول مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق ، والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور حيث يلتزم الواعد بمجرد إعلان إرادته على الجمهور بأن يقدم الجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب خلال المدة المحددة . وقد يلزم لإنشاء

---

(١) فلا يكون تصرفا بإرادة منفردة ذلك الذى يبرمه شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين ، كما فى حالة تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ، إذ أن هذا يعتبر عقدا .

التصرف توافق إرادتين أو أكثر ، حيث يبرمه طرفان ، فيقال له تصرف صادر من جانبين actebilatéral : وهذا هو العقد . ومن أمثلته عقود البيع والإيجار والعمل والوديعة والتأمين والكفالة .

والعقد هو الصورة الأكثر وقوعا فى الحياة العملية للتصرف القانونى ، وآثاره تترتب بإرادة الطرفين على النحو الذى يريدانه ، فهى لا تقع تحت حصر ولا يقيدها إلا أن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب . إذ فى هذا المجال يستطيع كل من الطرفين أن يلزم نفسه نحو الآخر بإرادته . أما التصرف بإرادة منفردة فآثاره محدودة نظرا إلى أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيره بإرادته وحدها .

٤٢١ — التصرف المنشىء والتصرف الكاشف أو المقرر :

يقوم هذا التقسيم على مدى أثر التصرف القانونى فى الحقوق . فقد يكون هذا الأثر إنشاء للحق ، وقد يكون كشفا أو تقريرا له .

فالتصرف المنشىء acte constitutif هو الذى ينشىء الحق ابتداء أو انتقالا من شخص آخر . إذ فى الحالين يكون للتصرف أثر منشىء بالنسبة إلى من كسب الحق ، حيث يكسبه حقا لم يكن له من قبل (١) . فعقد الزواج ينشىء لكل من الزوجين نحو الآخر حقوقا مبتدأة ، بمعنى أنها لم تكن موجودة من قبل . وعقد البيع ينشىء للبائع الحق فى الثمن وينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى . وعقد المقايضة ينقل إلى كل من الطرفين حقا كان ثابتا من قبل للطرف الآخر .

أما التصرف الكاشف أو المقرر acte déclaratif فلا يكسب الشخص حقا لم يكن له من قبل ، وإنما يتناول حقا للشخص كان موجودا من قبل بمقتضى مصدر آخر ، فيخلصه من أوضاع كانت تحد من فاعليته أو تشوب تحديده .

---

(١) كثيرا ما يطلق الفقه التصرف المنشىء على التصرف الذى ينشىء الحق ابتداء ، ويطلق التصرف الناقل acte translatif على التصرف الذى ينقل الحق من شخص إلى آخر . ولكن فى مجال المقارنة بالتصرف الكاشف أو المقرر يكون المقابل لهذا التصرف هو التصرف المنشىء بالمعنى الذى ذكرناه فى المتن ، أى التصرف الذى ينشىء الحق ابتداء أو انتقالا من شخص آخر .

فالصلح تصرف كاشف ، إذ أنه عقد لاينقل الحق الذى كان محلا للنزاع من أحد المتصالحين إلى الآخر ، وإنما يحسم هذا النزاع بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفا للآخر ببعض ما يدعيه ، وبذلك يكسب الحق المعترف به تأكيدا لم يتوفر له عندما كان محلا للنزاع .

وقسمة المال الشائع تصرف كاشف كذلك ، فهى لاتنقل إلى المتقاسم حقا جديدا ، وإنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوع ، وذلك بالإفراز . فإذا فرضنا أن كان المال الشائع قطعة أرض ورثها الشركاء ، فإن الميراث يكون هو مصدر حق الشريك فى هذه الأرض ، فإذا تمت القسمة بين الورثة فاختص كل منهم بجزء مفرز من هذه الأرض بقى الميراث هو مصدر حق كل منهم على الجزء المفرز الذى اختص به ، واقتصر أثر القسمة على تحويل الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة . فبعد أن كان حق الشريك حصة شائعة فى المال الشائع كله فى حدود نسبة معينة كالثلث أو الربع مثلا ، فإنه يصبح بالقسمة ملكية مفرزة ترد على جزء يختص به المتقاسم دون غيره ، وهذا هو الأثر الكاشف للقسمة (١) .

ويتضح من هذا أن التصرف الكاشف ، وإن كان لايكسب الشخص حقا لم يكن له من قبل ، إلا أنه يحدث جديدا فى الأوضاع القانونية القائمة .

وتظهر أهمية هذه التفرقة بين التصرف المنشئ والتصرف الكاشف فى نواح عديدة نخص بالذكر منها التسجيل . ذلك أن القانون يوجب تسجيل التصرفات التى ترد على حقوق عينية أصلية عقارية ، ولكنه يفرق فى هذا الصدد بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فالتصرفات المنشئة يجب تسجيلها لكى تحدث أثرها فى الحق الذى ترد عليه سواء فيما بين أصحاب الشأن أو بالنسبة إلى الغير (م ٩ من قانون الشهر العقارى) . أما التصرفات الكاشفة فيجب تسجيلها لكى تكون حجة على الغير فحسب (م ١٠ / ١ من قانون الشهر العقارى) . فعقد بيع العقار ، وهو تصرف منشئ ، لا يترتب عليه انتقال ملكية العقار من البائع إلى المشترى سواء فيما بين المتعاقدين أو

---

(١) انظر فى هذا الخصوص : كتابنا فى حق الملكية ، الطبعة الثانية فقرة ١٠٣ وما بعدها .

بالنسبة إلى الغير إلا من وقت تسجيله ، وإلى أن يتم هذا التسجيل يظل البائع مالكا للعقار ويقتصر أثر العقد على إنشاء حقوق شخصية بين المتعاقدين . بينما القسمة العقارية ، وهى تصرف كاشف ، يترتب عليها بمجرد حصولها وقبل تمام التسجيل أن يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة ، فإذا باع أحد الشركاء نصيبه شائعا فى العقار وسجل المشترى عقده قبل تسجيل عقد القسمة فإن هذه القسمة لا تكون حجة عليه ، بحيث يحق له إذا لم يقبلها أن يطلب إجراء قسمة جديدة . أما إذا كان تسجيل القسمة سابقا على تسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشترى .

الفرع الثانى

شروط التصرف القانونى

٤٢٢ – بيان الشروط والجزاء الذى يترتب على تخلفها :

يخضع التصرف القانونى لنوعين من الشروط : شروط الانعقاد ، وهى أركان التصرف ، وشروط الصحة .

شروط انعقاد التصرف ، أى أركانه ، هى الشروط اللازمة لوجوده ، وهى الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكلية فى بعض التصرفات . أما شروط صحة التصرف فهى الشروط اللازمة لكى يستقر التصرف وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، وهى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وهذه الشروط جميعها ، سواء ما تعلق منها بانعقاد التصرف وما تعلق بصحته ، تدور كلها حول الإرادة . فشروط انعقاد التصرف هى الشروط التى يجب توافرها حتى تعتبر الإرادة موجودة قانونا . وشروط صحة التصرف هى الشروط اللازمة لكى تكون الإرادة سليمة .

ويتضح من هذا ما رأيناه من أن الإرادة هى قوام التصرف ، أى أنها ركنه وجوهره . ومن ثم فإن المحل والسبب يعتبران من عناصر الإرادة، لأن الإرادة المعتبرة قانونا هى التى تتجه إلى التصرف وهى على بينة من المحل ومدركة للسبب ، وإلا كانت إرادة غير واعية لا يحفل بها القانون .

والجزاء الذى يترتب فى هذا الشأن هو البطلان . فإذا تخلف أحد الأركان كان التصرف باطلا ، وإذا تخلف أحد شروط الصحة كان التصرف قابلا للإبطال .

ومن هذا نتكلم فى أركان التصرف ، ثم فى شروط صحته، ثم فى البطلان .

٤٢٣ – أركانه التصرف :

أركان التصرف هى كما قلنا الإرادة والمحل والسبب . وقد يفرض القانون أن يكون التعبير عن الإرادة فى شكل معين ، وفى هذه الحالة تكون الشكلية ركنا فى التصرف كذلك . وسنعرض لهذه الأركان فيما يلى :

أولا : الإرادة : هذه هى ركن التصرف وجوهره كما قلنا . وقد رأينا أن التصرف قد ينشأ بإرادة واحدة ، وهذه هى الحال فى التصرفات الانفرادية الصادرة من جانب واحد، كما فى الوصية والوقف والإبراء من الدين والنزول عن الحق العينى والوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور . وقد يلزم لإنشاء التصرف توافق إرادتين ، فيتحقق هذا التوافق بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ويكون ذلك فى العقد ، كالبيع والإيجار والعارية والوكالة .

ولكى تقوم الإرادة la volonté بدورها فى التصرف يجب أن توجد قانونا ، وأن تتجه إلى إحداث أثر قانونى ، وأن يعبر عنها(١) :

فيجب لقيام التصرف أن توجد إرادة لدى من يبرمه. فمعلوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها القانون وتهدر تصرفاته. كما هى الحال فيمن فقد التمييز لصغر فى السن أو جنون أو عته ، ومن فقد الوعى لسكر أو مرض ، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسى :

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ٦٧ وما بعدها .

وإذا وجدت الإرادة فلا يحفل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانونى : فلا عبرة بالإرادة التى لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر ، كما فى أعمال المجاملات ، وقبول القيام بخدمة مجانية ، والاتفاقات التى تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تنطوى على نية الالتزام :

واتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى هو فى ذاته مسألة نفسية لا يعنى بها القانون إلا إذا أعلن عنها ، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة . فالتعبير هومظهر الإرادةالخارجى المحسوس . وهو إما صريح أو ضمنى . فالتعبير الصريح هو الذى يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، أى بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس . فقد يكون بالفاظ يؤديها اللسان مباشرة ، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالتليفون ؛ وقد يكون بالكتابة فى أية صورة من صورها . وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفا بحيث يتواضع الناس على معنى خاص لها ، كهز الرأس عموديا دلالة على القبول : وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المعنى المقصود ، كأن يعرض تاجر بضاعته على الجمهور مع بيان ثمنها : والتعبير الضمنى هو الذى ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، أى بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس فى الكشف عن هذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير فى ضوء ظروف الحال : مثل ذلك أن يبيع شخص شيئا عرض عليه لكى يشتريه ، إذ أن هذا التصرف يدل على قبوله الشراء :

ثانيا : المحل : المقصود بالمحل objet هو الأثر القانونى الذى تتجه إليه الإرارة : وأثر التصرف هو إنشاء حق أو التزام . ومن ثم فللالتزام محل وللتصرف محل آخر .

فمحل الالتزام هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن : وهو إما إعطاء شئ ، أو عمل إيجابى غير الإعطاء ، أو امتناع عن عمل : فيجب لوجود التصرف ان تتجه الإرادة إلى إنشاء حق أو التزام محله ممكن ومعين ومشروع : ونحيل فيما يتعلق بهذه الشروط على ما سبق أن ذكرناه فى هذا الشأن عند الكلام فى محل الحق(١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٩١ .

ومحل التصرف هو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء التصرف . وإذ كان أثر التصرف هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من التصرف . فيجب كذلك لوجود التصرف أن تكون هذه العملية القانونية مشروعة . ومثل محل التصرف غير المشروع أن القانون يحرم التعامل فى تركة مستقبلة لشخص على قيد الحياة (م ١٣١/٢ مدنى) . ومثل ذلك أيضا أن القانون يحرم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) .

ثالثا : السبب : المقصود بالسبب كركن فى التصرف هو الغرض من الالتزام وكذلك الباعث إلى التصرف . ذلك أن للالتزام سببا وللتصرف سبب آخر .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذى يقصد الملتزم إليه من وراء التزامه . فمثلا فى عقد البيع يلتزم البائع بنقل الملكية ويكون غرضه المباشر من هذا الالتزام هو حصوله على الثمن ، كما يلتزم المشترى بدفع الثمن ويكون غرضه المباشر من ذلك هو حصوله على المبيع . ويشترط لوجود التصرف أن يكون سبب الالتزام بهذا المعنى موجودا ومشروعا . ويكون السبب غير موجود إذا تصرف الشخص وهو على بينة من أن السبب غير موجود ، كأن يكره أحد المتعاقدين على التوقيع على تعهد بدين وهو غير مدين ، إذ فى هذه الحالة لا يوجد للالتزام سبب ، فيكون العقد باطلا لانعدام السبب . ويكون السبب غير مشروع إذا كان يخالف النظام العام أو الآداب ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة فى مقابل دفع مبلغ من النقود .

وسبب التصرف هو الباعث الدافع إلى التصرف . ويجب لوجود التصرف أن يكون هذا الباعث مشروعا ، أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ومثل الباعث غير المشروع أن تعقد هبة ويكون الباعث عليها إيجاد علاقة جنسية غير شرعية . إنما يشترط لبطلان التصرف فى هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الباعث ضمانا لاستقرار التعامل (١) .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٢٨ ومابعدها .

رابعا : استثناء : الشكلية : القاعدة اليوم هى رضائية التصرفات القانونية . أى أن الإرادة وحدها تكفى لانعقاد التصرف ، كما هى الحال فى البيع والإيجار وغيرهما من التصرفات الرضائيه . فليس هناك مظهر خاص يتحتّم أن يتخذه التعبير عن الإرادة ، إذ القاعدة فى التعبير أنه لا يخضع لشكل ما . وهذا هو مقتضى مبدإ الرضائية : فالمتصرف يفصح عن إرادته بالوسيلة التى تحلو له ، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دام أنها تعبر عن الإرادة . ومن هذا رأينا أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا.

غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا فى شكل خاص . وهذه الشكلية قد تكون كتابة رسمية ، كما هى الحال فى عقد الهبة (م ٤٨٨ مدنى) وعقد الرهن الرسمى (م ١٠٣١ مدنى) ، حيث يستلزم القانون لانعقادهما أن يتمّا بورقة رسمية ، أى بورقة يقوم بتحريرها موظف مختص هو الموثق . وقد تكون الشكلية كتابة عرفية ، كما هى الحال فى عقد ترتيب إيراد مدى الحياة إذا كان بعوض (م ٤٧٣ مدنى) وعقد الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى) : ففى مثل هذه الحالات تكون الشكلية ركنا لازما لانعقاد التصرف . ولكنها شكلية فرضها القانون استثناء لغرض يتصل بالصالح العام ، هو فى الغالب حماية المتصرف بتنبيهه إلى خطورة ما هو مقدم عليه .

ويجب التفرقة بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات .

فإذا استلزم الشارع كتابة رسمية أو عرفية لوجود التصرف ، كما هو واضح مما ذكرنا ، كانت هذه الكتابة شكلية مطلوبة للانعقاد ، فإذا تخلفت لا ينعقد التصرف ، أى يكون باطلا .

والشهر له طريقان : الأول هو التسجيل ، ويكون بالنسبة إلى التصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وبعض الحقوق الشخصية التى ورد النص عليها . والثانى هو القيد ، ويكون بالنسبة إلى التصرفات التى تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية . وقد أوجبهما القانون للإعلان والشهر . والجزاء الذى يترتب على عدم الشهر هو أن تتعطل بعض آثار التصرف . فبيع العقار الذى لم يشهر ينعقد وتترتب آثاره ، وذلك فيما عدا انتقال الملكية ، إذ أن هذا الانتقال لا يتحقق إلا بتمام التسجيل : والرهن الرسمى الذى لم يشهر ينعقد وينتج آثاره فيما بين المتعاقدين ،

ولـكن لايسرى فى حق الغير إلا بتمام القيد. والشارع إذ يفرض الشهر على هذا النحو لا يفعل ذلك تعنتا ولا رغبة فى التعقيد ، وإنما مراعاة للصالح العام الذى يتطلب العلانية فى بعض التصرفات الهامة لتأمين المعاملات :

وإذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف ، كما هى الحال بالنسبة إلى التصرف الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات (م ٤٠٠ مدنى) ، فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانونا : إذ يمكن إثبات مثل هذا التصرف بالإقرار أو اليمين . والشارع فى اشتراطه الكتابة لاثبات التصرفات إنما يرمى إلى توفير وسيلة تكون أضمن من البينة فى الدلالة على وجود التصرف حتى يكون التعامل على أساس أمين .

٤٢٤ — شروط صحة التصرف :

رأينا أن شروط صحة التصرف هى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب : ونتناول هذه الشروط فيما يلى :

أولا : الأهلية : يجب لصحة التصرف ؛ أى لـكى يستقر وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، أن يكون صادرا من شخص كامل الأهلية لإبرامه .

فإذا كان الشخص فاقد الأهلية لمباشرة التصرف كان هذا راجعا إلى فقدان الإرادة ، وفى هذه الحالة يتخلف ركن الإرادة ، فلا ينعقد التصرف .

أما إذا كان المتصرف ناقص الأهلية فإن الإرادة تكون موجودة ؛ ولـكنها تعتبر إرادة قاصرة فى نظر القانون . فالذى يحول دون صحة التصرف فى هذه الحالة هو نقص الأهلية بسبب قصور الإرادة. وحينئذ يكون التصرف قابلا للإبطال ، فإذا قضى بابطاله زال كأنه لم يكن ، وإذا أجازه من له الولاية على مال المتصرف بعد زوال سبب نقص الأهلية صح نهائيا : ونحيل هنا على ما سبق أن فصلناه فى كلامنا عن الأهلية .

ثانيا : سلامة الإرادة من العيوب : يجب كذلك لصحة التصرف أن تـكون إرادة المتصرف سليمة :

وهناك فارق بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة : فعلم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقد الإرادة ، أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى ، وفى كلا الحالين يتخلف ركن التصرف فيقع باطلا كما ذكرنا فى كلامنا عن أركان التصرف .

أما الإرادة المعيبة فهى إرادة موجودة ، ولكنها لم تصدر عن بينه واختيار ، ولذلك فهى لا تحول دون انعقاد التصرف ؛ إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف ، أى يكون التصرف قابلا للإبطال .

وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

فالغلط l'erreur وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التصرف : كأن يشترى شخص تمثالا يعتقد أنه أثرى وهو ليس كذلك ، أو يشارك شخصا يحسبه قريبا له فيتبين أنه أجنبى .

والتدليس le dol هو استعمال حيلة توقع الشخص فى غلط يدفعه إلى التصرف : كأن يظهر شخص بمظهر اليسار على غير الحقيقة وينتحل لنفسه صفات يكون من شأنها أن تخدع المتعاقد .

والإكراه Violence هو العمل الذى يبعث فى نفس الشخص رهبة تحمله على التصرف . كما فى تهديد شخص بخطف ولده أو باثارة فضيحة لحمله على دفع مبلغ من النقود .

والاستغلال l'exploitation يتحقق إذا كانت التزامات المتصرف لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب التصرف ، وتبين أن المتصرف المغبون لم يبرم التصرف إلا لأن الطرف الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا . كأن يرث شاب مالا كثيرا فيستغل فيه المرابون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تودى بأمواله . أو يتزوج رجل طاعن فى السن امرأة فى مقتبل العمر تستغلى هواه فتجعله يبرم لصالحها ولصالح أولادها عقودا يؤثرهم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين .

٤٢٥ – البطلان :

البطلان la nullité هو الجزاء الذى فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان التصرف أو شرط من شروط صحة . وهو عبارة عن انعدام أثر التصرف بالنسبة إلى المتصرف وبالنسبة إلى الغير .

فقد رأينا أن أركان التصرف هى الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى التصرفات الشكلية . ومن ثم يقع التصرف باطلا فى الحالات الآتية : إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية . وإذا انعدمت فيه الإرادة أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر فى المحل أو السبب شروط الجوهرية . وإذا اشترط القانون فيه شكلا للانعقاد ولم يتوافر هذا الشكل . وإذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان ، كما فى حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (م ١٠١ / ١ مدنى) .

والتصرف الباطل لا وجود له شرعا ، فلا ينتج أثرا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه تقادم .

ورأينا أن شروط صحة التصرف هى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب . وعليه يقع التصرف قابلا للإبطال فى الحالات الآتية : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية . وإذا شاب الإرادة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وإذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن التصرف قابل للابطال ، كما فى حالة بيع ملك الغير (م ٤٦٦ مدنى) .

والتصرف القابل للابطال ينشأ صحيحا ومنتجا لآثاره ، إنما يكون للمتصرف الذى شرع الإبطال لمصلحته لأن أهليته ناقصة أو إرادته معيبة أن يطلب إبطاله ، وله أن يجيزه . وإذا سكت مدة معينة سقط حقه فى طلب الإبطال بالتقادم .

الفرع الثالث

آثار التصرف القانونى

٤٣٦ – آثار التصرف القانونى :

يعتبر التصرف القانونى مصدرا لكثير من الحقوق :

من ذلك أنه قد يكون مصدرا لحقوق الأسرة . فعقد الزواج تصرف قانونى يولد حقوق أسرة فيما بين الزوجين .

وقد يترتب عليه إنشاء الحقوق الشخصية . فعقد البيع مثلا ، وهو تصرف ينعقد بإرادتين ، ينشئ التزاما على البائع بنقل الملكية والتزاما على المشترى بدفع الثمن . وعقد الحوالة ، وهو تصرف بين الدائن وشخص آخر ، ينقل حق الدائن المحيل الذى له فى ذمة المدين إلى المحال إليه (م ٣٠٣ مدنى) . والوعد بجائزة ، وهو تصرف بإرادة منفردة ، يولد التزاما فى ذمة الواعد .

وقد يكسب الحقوق العينية : مثل ذلك أن عقد البيع يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشترى . والوصية ، وهى تصرف بإرادة منفردة ، تنقل المال الموصى به إلى ملك الموصى له عند وفاة الموصى .

كذلك قد يؤدى التصرف إلى انقضاء الحق : ومن الأمثلة على ذلك بالنسبة إلى الحق الشخصى الوفاء ، فهو تصرف ينقضى به الدين ، وقد رأينا أنه واقعة مختلطة تجمع بين تسليم الشىء الواجب أداؤه وهو عنصر مادى ، وبين الاتفاق على قضاء الدين وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هو الغالب ، ولذلك يعتبر من قبيل التصرفات القانونية . كذلك اتفاق الدائن والمدين على تجديد الالتزام بتغيير الدين ، فهو تصرف يتفق فيه الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا ، فيترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلى (م ٣٥٢ مدنى) . والابراء من الدين تصرف يتم بإرادة الدائن المنفردة ، فيترتب عليه انقضاء الدين (م ٣٧١ مدنى) . كذلك قد ينقضى الحق

العينى بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة ، كما لو نزل المنتفع أوصاحب حق الارتفاق عن حقه .

وقد تترتب على التصرف آثار أخرى غير كسب الحقوق وانقضائها . فقد يؤدى التصرف إلى تصحيح تصرف آخر قابل للإبطال ، كما فى حالة إجازة عقد قابل للابطال بسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة ، إذ هى تصرف ينعقد بإرادة المجيز المنفردة ، ويترتب عليها أن يصبح العقد صحيحا بصفة نهائية . وقد يؤدى إلى تأكيد حق ثابت من قبل بحيث يصبح غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، إذ أنه تصرف بإرادة منفردة يؤكد الحق الناشئ من الوصية . وقد يترتب عليه إنشاء شخص اعتبارى ، كما فى حالة اتفاق جماعة من الأشخاص على إنشاء شركة أو جمعية ، أو قيام شخص أو أكثر بإنشاء مؤسسة بمقتضى سند رسمى أو وصية . إلى غير ذلك من الآثار التى يضيق المقام عن إحصائها .

٤٢٧ – دور الإرادة فى التصرف القانونى : مبدأ سلطان الإرادة وقيوده :

رأينا أن الإرادة هى قوام التصرف القانونى . ففى هذا المجال يقوم مبدأ سلطان الإرادة . ويراد به أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانونى ، وتحدد الآثار التى تترتب عليه . فهو مبدأ ذو شقين : يتعلق الشق الأول منه بالشكل ، وهو عبارة عن مبدإ الرضائية الذى يجعل الإرادة وحدها ، مجردة عن أية شكلية ، كافية لانشاء التصرف . فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة ، وهذا التعبير يكون بأية صورة كما فصلنا فيما تقدم .

ويتعلق الشق الثانى بالموضوع ، ومقتضاه أن تكون الإرادة كذلك صاحبة السلطان فى تحديد آثار التصرف .

وقد نص الشارع على النتيجة التى تترتب على هذا المبدإ فى المادة ١٤٧ فقرة أولى من التقنين المدنى التى تقول إن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون » .

غير أن سلطان الإرادة فى هذا المجال ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود تحيط بمبدإ سلطان الإرادة فى شطريه :

(١) فالرضائية ، وهى كفاية الإرادة لانشاء التصرف ، ترد عليها قيود آتية من الشكلية التى يقررها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات ، ومن القواعد التى تتعلق بالشهر ، وتلك التى تتعلق بالإثبات :

فهناك تصرفات شكلية تجب فيها الكتابة للانعقاد كما قدمنا ، إنما يلاحظ ماقلناه من أن هذه الشكلية مقررة استثناء لمصلحة يحرص الشارع على حمايتها ، وهى فى الغالب هنا مصلحة المتصرف نفسه .

والشهر يوجبه القانون بالنسبة إلى التصرفات التى تتعلق بالحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية ، وهو ليس فى حقيقة شكلية كما قلنا ، ولكنه يعتبر من الناحية العملية قيدا على الإرادة قرره الشارع لحماية الغير الحسن النية .

كذلك الكتابة الواجبة فى الإثبات ، فهى ليست شكلية مطلوبة لانعقاد التصرف كما ذكرنا ، ولكنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيدا على الإرادة ، لأن تخلفها قد يؤدى إلى ضياع الحق ، وذلك إذا لم يتيسر الإثبات بالإقرار أو اليمين .

(٢) وقدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف ، وهى الشطر الآخر من المبدإ ، ترد عليها أيضا قيود لها خطرها :

فثمة تصرفات يكاد ينعدم دور الإرادة فى تحديد آثارها القانونية ، بحيث يقتصر هذا الدور على قبول الدخول فى العلاقة القانونية على النحو الذى ينظمه القانون ، كما هى الحال بالنسبة إلى عقد الزواج الذى يستقل القانون بتحديد أحكامه .

وهناك قيد رئيسى وهام يرد فى هذا الشأن ، وهو قيد النظام العام والآداب ، إذ يمتنع على الإرادة أن تتجه فى تحديدها لآثار التصرف إلى مايخالفهما . وفكرة النظام العام فكرة مرنة كما فصلنا فيما تقدم (١) ، فهى تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة فى المجتمع ، حيث تنحصر فى أضيق الحدود فى ظل المذاهب الفردية ، وتتسع فى ظل المذاهب الاشتراكية .

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٥٢ .

وقد تقلص المذهب الفردى اليوم وأخذ المذهب الاشتراكى ينتشر بصورة متزايدة إلى جانب نظريات اجتماعية تنادى بالتضامن الاجتماعى . وظهر أثر ذلك فى ميثاقنا الوطنى وفى الدستور وفى التشريعات العادية . فالميثاق (الباب السادس) والدستور (م ٦ و ٩) يعتبران النظام الإشتراكى والتضامن الإجتماعى من المقومات الأساسية للمجتمع . وتطبيقا لذلك أخذ الشارع يتدخل فى العقد بنصوص آمرة جعلتنا نقترب من مرحلة التصرف الموجه ، وذلك مراعاة للصالح العام وحماية للجانب الضعيف فى العقد ، كما هى الحال فى عقد العمل وعقد الإيجار وتحديد أسعار السلع الضرورية للشعب .

وفضلا عن ذلك فإن القانون يحد فى بعض الحالات من مدى تنفيذ التصرف على النحو الذى قصدت إليه الإرادة . ففى هذه الحالات يتم تحديد مضمون التصرف تحديدا صحيحا بمقتضى الإرادة ، ومع ذلك فإن آثاره لا تنفذ على النحو الذى ارتضته هذه الإرادة .

من ذلك ما يعرف بنظرية الحوادث الطارئة ، فبعد أن نصت المادة ١٤٧ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون » ، أضافت فى فقرتها الثانية ما يأتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك » . مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة ، ثم يحصل قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد ، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج ، فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة جسيمة تجاوز الحد المألوف فى مثل هذه الحالة ، وحينئذ يجوز للقاضى أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة ، كأن ينقص الالتزام المرهق أو يزيد الالتزام المقابل أو يقف تنفيذ العقد ريثما يزول أثر الحادث الطارئ .

ومن ذلك أيضا حالة عقود الإذعان ، فقد نصت المادة ١٤٩ من التقنين المدنى

على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة» ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وعقد الإذعان(١) هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو فعلى أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها. ومن أمثلته عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع هيئة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون ، والتعاقد مع هيئة البريد والتلغراف : ففى هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش ، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة التى لا غنى عنها. فإذا بان للقاضى أن العقد يشتمل على شرط تعسفى كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف ، بل إن له يعفى الطرف المذعن منه إعفاء تاما ، وليس هناك من حدود لما يراه فى هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة .

---

(١) يرجع فى هذا الموضوع إلى رسالتنا فى عقود الإذعان ، القاهرة سنة ١٩٤٦ .

الباب الخامس

استعمال الحق

٤٢٨ – تطور فكرة استعمال الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية : فاستعمال الشخص لحقه إنما يكون بممارسة السلطات التى يخولها هذا الحق ، وهذه السلطات هى التى تكون مضمون الحق. مثل ذلك أن مضمون حق الملكية هو ما يخوله هذا الحق من سلطات استعمال الشيء محل الحق واستغلاله والتصرف فيه :

وقد تطورت فكرة استعمال الحق تبعا للمذهب السائد فيما يتعلق بموقف القانون من نشاط الأفراد : ففى ظل المذهب الفردى الذى كان سائدا فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كان لصاحب الحق أن يستعمل حقه على نحو مطلق لا يرد عليه قيد . فقد رأينا أن هذا المذهب يقوم على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، وأن له حقوقا طبيعية سابقة على القانون وعلى المجتمع ، ومن ثم تقتصر وظيفة القانون على التوفيق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معا. ومقتضى هذا ألا تقيد حرية الفرد فى استعماله لحقه ، حيث يعصمه من المسئولية أن يكون العمل الذى يأتيه داخلا فى حدود مضمون حقه ، حتى لو ترتب على ذلك ضرر للغير .

وقد ظهرت مساوىء هذه النظرة الفردية لما أدى إليه إطلاق حرية الفرد فى استعماله لحقه من ظلم للضعفاء وإضرار بالصالح العام للمجتمع : ولذلك اتجه المذهب الاشتراكى وجهة عكسية ، فهو يقوم على النظر إلى الفرد باعتباره كائنا اجتماعيا ، ومن ثم تكون وظيفة القانون هى المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته، فإذا ما تحققت مصلحة

المجتمع تحققت من وراء ذلك مصلحة الفرد. حتى ذهب المغالون من أنصار هذا المذهب إلى إنكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية .

وعلى هذا النحو كانت المغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة إلى الحق واستعماله . والحقيقة وسط بين هاتين النزعتين المتطرفتين. فلا يجوز أن يكون استعمال الحق مطلقا لما يؤدى إليه من إضرار بالغير وإغفال للصالح العام . ولا يستساغ أن يقتصر الحق على مجرد وظيفة إجتماعية لمصلحة الجماعة ، إذ أن للفرد غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها ويجب أن يكفل القانون تحقيقها فى الحدود المعقولة وإلا فقد الفرد كيانه واستقلاله. وكان بين ذلك قواما ، هو أنه لا يجوز التعسف فى استعمال الحق ، تلك النظرية التى يعتنقها الفقه الحديث وتأخذ بها التشريعات الحديثة ، ومؤداها فى الجملة أن يقيد استعمال الحق على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالصالح العام ، وذلك على الرغم من أن العمل الذى يأتيه صاحب الحق يدخل فى حدود مضمون حقه .

٤٢٩ — ظهور نظرية التعسف فى استعمال الحق وتطورها :

ليست نظريه التعسف فى استعمال الحق abus du droit نظرية حديثة . إنما هى نظرية قديمة عرفها القانون الرومانى وانتقلت إلى القانون الفرنسى القديم : وقد ظهرت على نطاق واسع فى الفقه الإسلامى حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة ، مما جعل الشارع يسترشد فى التقنين المدنى الحالى بالقواعد التى استقرت فى هذا الفقه .

وإذا كانت النظرية قد انتكصت تحت تأثير المبادئ الفردية التى عقد لها لواء النصر فى أعقاب الثورة الفرنسية ، إلا أنها عادت ترفع رأسها من جديد فى ظل المبادئ الاشتراكية : فظهرت فى أحكام القضاء منذ أواخر القرن الماضى بصورة تتفق والنظرة الحديثة إلى الحق . وقام فريق من الفقهاء المحدثين يظاهر القضاء فى اتجاهه حتى استقرت النظرية فى القضاء والفقه ، وأخذت بها التشريعات الحديثة(١) .

---

(١) انظر م ٢ مدنى سويسرى و م ٢٢٦ مدنى المانى و م ١٣٥ التزامات بولونى و م ٢/١٢٩٥ نمساوى والمادة الأولى سوفيتى .

وقد انتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين فى ظل القانون القديم ، لاسيما وأنها كانت مفصلة فى الفقه الإسلامى . ولم يشتمل التقنين القديم على نص عام فى هذا الشأن ، وإنما وردت فيه نصوص تطبيقية .

ولكن التقنين الحالى عنى بالنظرية فوضعها فى مكان بارز بين نصوص الباب التمهيدى كى يجعل منها نظرية عامة بالنسبة إلى جميع نواحى القانون(١) .

٤٣٠ — نطاق التعسف فى استعمال الحق :

لايقتصر نطاق نظرية التعسف على بعض الحقوق دون البعض الآخر ، فجميع الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف ، ومن ثم فهو غير جائز فيها جميعا .

وهناك رأى يفرق فى هذا الشأن بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة . فالأولى عبارة عن رخص يعترف بها القانون للناس كافة ، فلا يختص بها شخص دون غيره ، كحرية الرأى وحرية التعاقد وحرية الكتابة وحرية التقاضى ، وهذه تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق . فإذا انحرف الشخص فى إتيان رخصة كان هذا منه خطأ عاديا لاحاجة فيه إلى فكرة التعسف ، حيث تكفى فى شأنه قواعد المسئولية التقصيرية . والثانية هى الحقوق المحددة التى يكسبها الشخص لحماية مصالحه الخاصة ويختص بها دون غيره ، كالحق فى ملكية عين أو اقتضاء دين ، وهذه هى التى يرد عليها التعسف . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يأخذ بها الرأى ، فكان ينص فى المادة الخامسة منه على أن « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص ما يأتى : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة ، وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١ و ٣٢ .

جزاء ذلك . ويقصد بالحق فى هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون أو حقه فى طلاق زوجه . أما ماعدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز فرخص أو إباحات ، كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لاحاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . ثم حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها(١) .

ويرجع هذا الرأى إلى أن الفقهاء الأقدمين كانوا يقيدون استعمال الرخصة ولا يقيدون استعمال الحق الخاص. فلما ظهرت نظرية التعسف فى استعمال الحق تجلت فائدتها فى تقييد استعمال الحقوق الخاصة ، أما الرخص فكان من المسلم وجوب تقييدها قبل أن تظهر هذه النظرية . وهذا ليس من شأنه من الناحية العلمية أن يجعل التعسف قاصراً على الحقوق الخاصة ، حيث لا وجه لأن نفرق فى هذا الخصوص بين حق التقاضى وحق الملكية مثلا ، فيعتبر رفع الدعوى لمجرد الكيد والإضرار خطأ عاديا ، بينما يعتبر استعمال حق الملكية للغرض ذاته تعسفا .

وهناك فريق من الفقهاء كذلك يخرج بعض الحقوق الخاصة من نطاق نظرية التعسف ، بحيث يكون استعمالها خاضعاً لمحض تقدير أصحابها ، فلا يرد على حقهم فى هذا الاستعمال قيد يؤدى إلى مسئوليتهم . وهذه الحقوق هى التى يقال لها الحقوق التقديرية ، كحق الشريك على الشيوع فى طلب قسمة المال الشائع ، وحق المشترط فى نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وحق الإيصاء ، وحق الموصى له فى رد الوصية ، والحق فى الطلاق . وقد قيل فى تبرير إطلاق استعمالها إن هذا الاستعمال تحكمه دوافع شخصية خالصة يستقل بتقديرها صاحبها ولا يستطيع القاضى أن يناقش هذا التقدير .

ولعل هذا النظر يمثل بقية من النزعة الفردية التى كانت تخول صاحب الحق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠١ .

سلطة مطلقة فى استعمال حقه . ولذلك فإن أصحابها لا يتفقون على تعداد هذه الحقوق ، بل إنهم يسلمون بأن عددها فى تناقص مستمر . وليس من المعقول فى مجتمع يسوده التضامن أن تترك للشخص حرية مطلقة فى استعمال حقه بصرف النظر عن الدوافع التى تحدوه إلى هذا الاستعمال . لا سيما وأن النص الوارد فى التقنين المصرى فى شأن التعسف نص مطلق من كل قيد ، فهو ينصرف إلى جميع الحقوق دون تمييز بين حق وآخر . ومن ثم فتلك الطائفة من الحقوق التى توصف بالحقوق التقديرية لا يرد عليها هذا الوصف فى القانون المصرى .

٤٣١ — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق :

هناك فارق بين الخروج عن الحدود الموضوعية للحق والتعسف فى استعمال الحق ، فكلاهما خطأ يستوجب المسئولية ، ولكن الصورة تختلف فى الحالين . فالخروج عن الحدود الموضوعية المرسومة للحق هو الصورة العادية للخطإ التى كانت معروفة من قديم ، كان يجاوز المالك حدود ملكه فيبنى فى أرض الجار ، أو يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية . أما التعسف فى استعمال الحق ففيه يلتزم الشخص الحدود الموضوعية المرسومة لحقه ، فهو يستعمل حقه فى هذه الحدود المرسومة لايخرج عنها ، ولكنه ينحرف فى هذا الاستعمال عن الغرض الاجتماعى للحق ، كأن يبنى شخص حائطاً عالياً فى ملكه لكى يحجب النور والهواء عن جاره ، أو يهدم حائطاً كان يستتر به الجار دون أن تكون له منفعة من وراء ذلك .

وما دام التعسف فى استعمال الحق خطأ لا يجوز ، فهو خروج عن حدود الحق ، غاية الأمر أنه لا يتمثل فى مجاوزة الحدود الموضوعية للحق ، بل يتمثل فى مجاوزة الحدود التى فرضها القانون لاستعمال الحق . فالصورة الأولى خروج صريح عن حدود الحق ، أما الثانية فخروج عن حدود الحق بالتعسف فى استعماله .

ويتضح من هذا أن التعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورة الخطأ التقصيرى تختلف عن الصورة العادية التى كانت معروفة من قبل . ومن ثم فأساس نظرية التعسف فى استعمال الحق هو المسئولية التقصيرية ، والمعيار الذى يقاس به التعسف هو

المعيار العام للخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فإذا انحرف الشخص فى استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متعسفا فى هذا الاستعمال .

وليس معنى ذلك أن إفراد نظرية مستقلة للتعسف فى استعمال الحق عمل لاجدوى منه . إذ أن قيام هذه النظرية كان له الفضل فى الكشف عن صورة جديدة للخطأ تختلف عن صورته العادية ، فهى نظرية لها كيانها المستقل فى هذا الخصوص ، حيث ترسم الحدود التى يجب على الشخص أن يراعيها فى استعمال السلطات التى تدخل فى مضمون الحق .

وإذا كانت النصوص التى قررت نظرية التعسف قد وردت فى الباب التمهيدى للتقنين المدنى ولم ترد فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع ، فإن ذلك لا يعنى أن للنظرية أساسا آخر غير المسئولية التقصيرية ، إذ لم يقصد الشارع بإيرادها فى هذا المكان إلا أن يجعل منها مبدأ عاماً يسرى على جميع الحقوق ويمتد إلى جميع فروع القانون(١).

وتظل المسئولية التقصيرية أساساً للتعسف حتى لو كان تعسفاً فى استعمال حق ناشىء من العقد . فالمؤجر الذى يتعسف فى تمسكه بالشرط المانع من النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن تكون مسئوليته تقصيرية . والمتعاقد الذى يتعسف فى إنها عقد غير محدد المدة ، كعقد العمل ، تكون مسئوليته تقصيرية كذلك .

٤٣٢ – تطور معيار التعسف فى الفقه والقضاء :

كان معيار التعسف عند الرومان هو نية الإضرار : فيعتبر الشخص متعسفاً فى استعمال حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار شخصى . ثم توسع القضاء بعد ذلك ، فأوجد معياراً مادياً يقوم قرينة على هذا المعيار الشخصى ، إذ اعتبر انتفاء المصلحة من الاستعمال الذى يلحق ضرراً بالغير قرينة على نية الإضرار .

ثم اتجه الفقه والقضاء بعد ذلك إلى معيار شخصى مادى ، هو خروج الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعى . فهذا المعيار يزن استعمال الحق فى ضوء

---

(١) انظر المناقشات المشار إليها فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٢–٢٠٤ فى الهامش.

الدافع الشخصى لصاحبه والغرض الاجتماعى له فى وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعاً ، وإلا كان غير مشروع ؛ فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة . واستعماله لغاية لا تتفق والغرض الاجتماعى له تعسف كذلك ، حتى لو لم يكن بقصد الإضرار بالغير . وهذا ماتقتضيه النظرة الحديثة التى لاتعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقاً نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يحيد الحق عنها .

وقد لوحظ على هذا المعيار أنه يعتبر معياراً سياسياً أكثر منه معياراً قانونياً ، لأن القاضى بمقتضاه سوف يحدد الهدف الاجتماعى للحق فى ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة . ولهذا كان الراجح ما قلناه من قياس التعسف بالمعيار العام للخطإ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى .

٤٣٣ — حالات التعسف فى استعمال الحق :

هناك وسيلتان فى تحديد الحالات التى يعتبر الشخص فيها متعسفاً فى استعمال حقه : الأولى هى وضع مبدإ عام يحكم معيار التعسف فيتسع لكل الصور التى يمكن أن تندرج تحته . والثانية هى وضع عدة ضوابط أو معايير تحدد صور التعسف ، وهذه هى الوسيلة التى اتخذها الشارع .

حيث لاحظ الشارع أن العبارات العامة التى صيغ فيها المبدأ فى التشريعات الحديثة يعوزها التحديد الذى يهيىء للقاضى ضوابط يمكن الاسترشاد بها ، وبذلك فتحت أمامه مجالا واسعا للاجتهاد(١) . كما لاحظ أن المعايير التى يقول بها الفقه ليست منضبطة كذلك .

---

(١) من ذلك مانصت عليه المادة الثانية من القانون المدنى السويسرى إذ تقول : «يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التى يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر فى استعمال الحق فلا يقره القانون» . وكذلك مانصت عليه المادة الأولى من القانون المدنى السوفيتى ، إذ تقول : «يحمى القانون الحقوق المدنية ، فيما عدا الحالات التى تستعمل فيها على وجه يخالف تخصيصها الاقتصادى والاجتماعى» .

ولهذا أخذ ضوابط ثلاثة من الفقه الإسلامى يقوم عليها معيار التعسف(١)، بحيث أن الانحراف الذى يقع من شخص فى هذا الخصوص لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى عددها القانون .

فقد نصت المادة ٤ من التقنين المدنى على أن «من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر» . ثم نصت المادة ٥ من هذا التقنين على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (ا) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة» .

ويتبين من هذه النصوص ومن المكان الذى وردت فيه أن الشارع جعل من نظرية التعسف نظرية عامة اختار لها مكان الصدارة فى التقنين المدنى كى تكون مبدأ عاما يسوى بالنسبة إلى جميع الحقوق ، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية ، بل ويسرى فى جميع نواحى القانون .

وقد راعى الشارع فى تحديده لهذه الضوابط المعيار العام فى الخطإ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى: ومن ثم فإن الانحراف عن هذا السلوك فى استعمال الحق لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى عددها القانون، وهى : قصد الإضرار بالغير ، ورجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا ، وعدم مشروعية المصلحة التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها . وهذه المعايير جميعها مأخوذة من الفقه الإسلامى ، كما أنها تتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث ويأخذ به القضاء . ونبحث هذه المعايير فيما يلى :

٤٣٤ - المعيار الأول : قصد الإضرار بالغير :

كان هذا المعيار أول معيار أخذ به من قديم . وهو المعيار الوحيد الذى أخذ به القانون الألمانى (م ٢٢٦ مدنى ألمانى) . وهو وإن كان يقوم على ناحية شخصية هى قصد

= أما المادة ٢٢٦ من القانون المدنى الألمانى فقد تضمنت صيغة واضحة تضع معيارا محددا حيث تقول : « لا يجوز استعمال حق لمجرد الإضرار بالغير » .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١ و ٣٢.

الإضرار بالغير ، إلا أنه يقاس مع ذلك بالمعيار العام للخطإ ، أى بالسلوك المألوف للشخص العادى : فإذا كان الدافع إلى استعمال الحق مزيجا من قصد الإضرار وابتغاء المنفعة أضحى استعمال الحق مشروعا ما دام أن لهذه المنفعة أهميتها إذا قورنت بالضرر الذى يلحق الغير . إنما يتحقق التعسف،وبالتالى يكون استعمال الحق غير مشروع ، إذا كان قصد أحداث الضرر هو العامل الأساسى الذى دفع الشخص إلى استعمال الحق . كأن يبنى شخص حائطا عاليا فى ملكه لكى يحجب النور والهواء عن جاره . وما دام أن الغرض الأساسى من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فلا يغير من وجه المسألة أن تتحقق بعد ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة. فمن يزرع أشجارا لحجب النور عن جاره فإنه يعتبر متعسفا؛حتى لو تبين بعد ذلك أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع : بل ولا يغير من وجه المسألة أن يكون هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملا ثانويا .

ويتحمل المضرور عبء اثبات قصد الأضرار عند صاحب الحق ، وله هذا الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية .

وإذا وقع الضرر ، وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة فى الاستعمال ، أمكن اعتبار انقضاء المنفعة قرينة على توفر قصد الأضرار . وهذا ما يذهب إليه القضاء .

ويتعلق أغلب التطبيقات العملية لهذا المعيار باستعمال حق الملكية . على أن هناك تطبيقات أخرى كذلك فى غير هذا النطاق . كأن يفصل رب العمل عاملا لمجرد الانتقام منه لأنه قام بالشهادة ضد رب العمل . وكأن يرفع الشخص دعوى أو يلجأ إلى دفع ابتغاء الكيد ومضرة الخصم .

٤٣٥ — المعيار الثانى : رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :

يعتبر صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه ، كما يقول النص، « إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . وهذا المعيار موضوعى بحت . فهو يختلف عن سابقه فى أنه لا يستند إلى

ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذى يصيب الغير : فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق فى هذه الحالة انحرافاً عن السلوك المـألوف للشخص العادى ، فتتحقق المسئولية .

ومن للتطبيقات التشريعية لهذا المعيار ما تقضى به المادة ٨١٨/٢ مدنى من أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى إذا كان هذا يضر بالجار الذى يستتر ملكه بالحائط : وما تقضى به المادة ٩٢٨ مدنى من أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل . وما تقضى به المادة ١٠٢٩ مدنى من أن لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . وما تقضى به المادة ٢٠٣/٢ مدنى من أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما .

٤٣٦ — المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها :

يعتبر الشخص متعسفاً فى استعمال الحق إذا كان يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والمعيار هنا موضوعى ، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هى القصد من استعمال الحق. كأن يفصل رب العمل عاملا لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، أو تفصل الإدارة موظفا لإشباع شهوة حزبية ، أو يخصص الشخص منزله لمقابلات مخالفة للآداب .

٤٣٧ - جزاء التعسف فى استعمال الحق :

يتضح من نص المادة الخامسة من التقنين المدنى أن التعسف فى استعمال الحق عمل غير مشروع . وقد رأينا أن التعسف ليس إلا صورة من صور الخطإ التقصيرى . ومن ثم يلتزم صاحب الحق بتعويض الضرر الذى نجم عن تعسفه فى استعمال حقه . ويخضع هذا التعويض للقواعد ذاتها التى يخضع لها فى الصورة العادية للخطإ .

على أن تعويض الضرر الناجم عن التعسف ليس هو الصورة الوحيدة التى يتخذها الجزاء فى هذا الخصوص . فهناك جزاء وقائى يعتبر من خصوصيات نظرية التعسف ويساهم فيما لها من كيان مستقل ، حيث يتمثل هذا الجزاء فى منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفى ، فيحول ذلك بالتالى دون وقوع الضرر . وقد رأينا مثلا لذلك فيما تقضى به المادة ٩٢٨ مدنى : فإذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء ضئيل من أرض الجار ، وأصر الجار على هدم البناء الذى يشغل هذا الجزء الضئيل ، فإن للمحكمة ألا تجيب الجار إلى طلبه توقيا للضرر الذى ينجم عن الهدم وتكتفى بالحكم على البانى بالتعويض . ورأينا مثلا آخر فيما تقضى به المادة ٢٠٣/٢ مدنى : فإذا تعسف الدائن فى المطالبة بالتنفيذ العينى ، حيث لم تكن له فيه مصلحة جدية وكان فيه إرهاق للمدين ، حق للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدى .

فهـــرس

الفصل الثانى

نطاق القانون

الباب الثانى

أنواع القواعد القانونية

الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

الفرع الثانى : فروع القانون العام

الفرع الثالث : فروع القانون الخاص

الفصل الثانى

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

المبحث الرابع : الرقابة القضائية على صحة التشريع

المبحث الخامس : التقنين

الفرع الثانى : المصادر الاحتياطية

المبحث الأول : الدين

المبحث الثانى : العرف

المطلب الأول : التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

الفرع الأول : الفقه

أولا : النظرية التقليدية

رابعا : استثناء من مبدإ الأثر المباشر
الأثر المستمر للقانون القديم

المطلب الرابع
الحلول التشريعية لبعض صور التنازع فى الزمان

الفصل الثانى
تفسير القانون

الفرع الأول : التفسير التشريعى

الفرع الثانى : التفسير الفقهى والتفسير القضائى

المبحث الأول : مذاهب التفسير

المطلب الأول : مدرسة الشرح على المتون

المطلب الثانى : المدرسة التاريخية

القسم الثانى

نظرية الحق

الباب الأول

التعريف بالحق

الباب الثانى

انواع الحقوق

الفصل الأول

الحقوق السياسية

الفصل الثانى

الحقوق العامة أو حقوق الشخصية

الفصل الثالث

حقوق الأسرة

الفصل الرابع

الحقوق الماليه

الفرع الأول : الحق الشخصى

الفرع الثانى : الحق العينى

الفرع الثالث :
التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى وأهميتها

الفرع الرابع : الحق المعنوى

المبحث الثانى : خصائص الشخصية

ثالثا : موانع الأهلية

المبحث الأول : النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

المبحث الثانى : أنواع الشخص الاعتبارى

الفصل الثانى

التصرف القـــانونى

